This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 268 041

19
0

219
70

B2 Aug. 1914.

Das eheliche Güterrecht

im

internationalen Privatrecht.

3222

57
m.s.
Aug. 2.

Das eheliche Güterrecht

im

internationalen Privatrecht.

Von

Dr. Karl Hasler.

Zürich.
Druck und Verlag von F. Schulthess.
1897.

Die Anregung zu dieser Arbeit erhielt ich durch die Vorlesung über internationales Privatrecht von Herrn Prof. Meili, dem ich an dieser Stelle auch danke für die Ratschläge bezüglich der Anordnung des Stoffes und für die freundliche Überlassung seiner Bibliothek. Die Arbeit wurde zuerst als Dissertation eingereicht und auf Antrag von Herrn Prof. Meili genehmigt.

Der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

	Seite
Einleitende Ausführungen	1
§ 1. Das Personalstatut im allgemeinen	3
§ 2. Geltendes Recht	5
§ 3. Erörterungen de lege ferenda	13
Erster Abschnitt: **Gesetzliches eheliches Güterrecht**	24
§ 4. Rechtsgrund der Entstehung	24
§ 5. Zeitpunkt des Eintrittes	30
§ 6. Anwendung des Personalstatutes und zwar speziell des modifizierten Nationalitätsprinzipes auf das eheliche Güterrecht	33
§ 7. Anwendung der lex rei sitæ auf das eheliche Güterrecht	44
§ 8. Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit	55
I. Die absoluten Systeme bei Annahme des Domizilprinzipes	55
II. Vermittlungstheorien	65
III. Unwandelbarkeit beim Nationalitätsprinzip	72
Zweiter Abschnitt: **Vertragliches eheliches Güterrecht**	77
§ 9. Die zwei Grundvoraussetzungen für das Entstehen eines vertraglichen Güterrechtes	77
§ 10. Form des Vertrages	80
§ 11. Inhalt des Vertrages	84
§ 12. Wandelbarkeit	89
I. Vertragsmässige Änderung des ehelichen Güterrechtes	89
II. Gesetzliche Wandelbarkeit	93

Einleitende Ausführungen.

In den ältesten Zeiten ist der Fremde jedes privatrechtlichen Schutzes bar, von einem internationalen Privatrecht überhaupt keine Spur vorhanden. So war es z. B. in den ersten Jahrhunderten Roms, wo nur Verträge ex jure Quiritium klagbar waren und nur die römischen Bürger, die Quiriten, die formalen Rechtsgeschäfte des jus Quiritium vornehmen konnten.

Sobald sich ein regerer Verkehr mit dem Auslande entwickelt hatte, musste dieser Zustand unerträglich werden, und zwar nicht nur für die Fremden, sondern auch für die Einheimischen. Diesem Übelstand wurde nun einerseits dadurch abgeholfen, dass der römische Staat mit andern Staaten Verträge abschloss, durch welche man sich gegenseitig verpflichtete, die Angehörigen des andern Staates mit Bezug auf gewisse Privatrechtsverhältnisse wie die eigenen Bürger zu behandeln. Später kam man dazu, auch ohne Staatsverträge auf Grund des internen Privatrechtes die Rechtsfähigkeit der Ausländer in grösserem oder geringerem Umfange anzuerkennen. Dies konnte auf zwei Arten geschehen. Zunächst so, dass man das eigene Recht auch für die Fremden gelten liess, d. h. dass man vor den einheimischen Gerichten auf alle Rechtsverhältnisse das einheimische Gesetz zur Anwendung brachte. Ein diesem Prinzip diametral entgegenstehendes galt nach den deutschen Stammesrechten: Jeder lebte auch ausserhalb seines Stammesgebietes nach dem Rechte seines Stammes. Diesen Grundsatz verpflanzten die deutschen Stämme in die Gebiete des römischen Rechtes, in denen sie sich während der

Völkerwanderung niederliessen. Mit der Ausbildung der Territorialhoheit und der Feudalverfassung kehrte man wieder zu dem Grundsatz zurück, dass vor dem einheimischen Gericht nur einheimisches Recht zur Anwendung kommen dürfe. (Territorialitätsprinzip).

Diese beiden extremen Prinzipien sind heute nirgends mehr durchgeführt. Nur die englische und nordamerikanische Theorie und Praxis stehen im allgemeinen noch auf dem Standpunkte, dass für die Beurteilung eines Rechtsverhältnisses stets das interne Recht anzuwenden sei, und dass jedenfalls die Berücksichtigung fremden Rechtes, soweit sie geboten sei, nur auf die „comitas gentium" zurückgeführt werden müsse. Abgesehen von den genannten Rechtsgebieten ist man bezüglich der Verwerfung dieser beiden Lösungen in Theorie und Praxis überall einig. Aber sehr geteilt sind die Meinungen darüber, was für eine Lösung denn die richtige sei. Oft wollte man die Frage mit einer allgemeinen Regel beantworten. Dies ist aber gar nicht möglich, und teilweise sind solche vermeintliche Lösungen auch nur als eine Neuformulierung der Frage zu betrachten, so z. B. die berühmte Regel von Savigny[1]. Aber auch bei der Einzelbehandlung ist gar nicht etwa Einigkeit erzielt worden. So stehen sich z. B. bei der Frage des Personalstatutes zwei Ansichten gegenüber, die man kurz bezeichnet mit den Ausdrücken „Nationalitätsprinzip" und „Domizilprinzip", und diese Gegensätze ziehen sich durch eine ganze Reihe von Materien hindurch.

Sehr viele Gesetze haben auf die Fragen des internationalen Privatrechtes keine oder eine nur sehr fragmentarische Antwort gegeben und es ist deshalb die Aufgabe der Wissenschaft, die daraus hervorgehenden Lücken auszufüllen. In neuester Zeit kommt zwar mehr und mehr der Gedanke zum Durchbruch, dass es die Aufgabe des Gesetzgebers sei, diese Fragen zu lösen. In der Schweiz hat eine solche, ziemlich ins Einzelne gehende gesetzliche Fixierung des interkantonalen und internationalen Privatrechtes stattgefunden, hauptsächlich durch das Bundesgesetz betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (vom 25. Juni 1891). Dieses Gesetz regelt in

[1] Savigny, System VIII 28.

den Art. 19—21 und 31 auch die uns speziell interessierenden Fragen des ehelichen Güterrechtes. Es will auf diesem Gebiete die Vorzüge der verschiedenen Systeme, die durch Theorie und Praxis aufgestellt worden sind, mit einander verschmelzen, und es führt ein kombiniertes System ein, das aber keineswegs unanfechtbar ist. Der Verfasser des Vorentwurfes für ein schweizerisches privatrechtliches Gesetzbuch hat denn auch das System des genannten Bundesgesetzes schon dadurch verlassen, dass er die Freiheit des Ehegüterrechtsvertrages aufstellen und diesen (unter gewissen Bedingungen) Dritten gegenüber wirksam sein lassen will. Es wird deshalb auch eine eingehende Regelung der diesbezüglichen Fragen des internationalen Privatrechtes nötig werden, um so mehr, als mit der Unifikation des ganzen Privatrechtes jenes Spezialgesetz über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter dahinfallen wird, soweit es sich um die interkantonalen Verhältnisse handelt, wenn wenigstens das neue schweizerische Civilgesetzbuch nicht bestimmte Materien den Kantonen reserviert.

Einstweilen hat aber das citierte Gesetz noch seine Bedeutung und zwar auch für den internationalen Verkehr, weil Art. 32 bestimmt: Die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes finden auf die Ausländer, welche in der Schweiz ihren Wohnsitz haben, entsprechende Anwendung.

§ 1.

Das Personalstatut im allgemeinen.

Der speziellen Behandlung des zum Vorwurf genommenen Themas müssen einige Bemerkungen über die Kontroverse „Domizilprinzip oder Nationalitätsprinzip“ vorausgeschickt werden. Diese prinzipielle Frage beherrscht nicht nur das eheliche Güterrecht, sondern die ganze internationale Rechtsmaterie. Die Kontroverse kann auch bezeichnet werden als die Frage nach dem Personalstatut. Es gibt eine Anzahl von Rechtsmaterien, die nach einer weitverbreiteten Auffassung nicht nach dem Rechte des zufälligen Aufenthaltsortes einer Person beurteilt werden dürfen, oder nach dem Rechte, dem der Vertrag unterworfen

ist, für dessen Gültigkeit die Bestimmungen jener Rechtskomplexe massgebend sind, sondern die für alle rechtlichen Thatbestände, an denen die Person beteiligt ist, mit Rücksicht auf sie gleichmässig gelöst werden müssen. Gewöhnlich werden zu diesen Rechtsmaterien gezählt: Status, Handlungsfähigkeit, Familienrecht und Erbrecht. Denn, sagt man, diese Fragen sollen nicht heute so, morgen anders, und übermorgen wieder anders beurteilt werden. Wenn man sich in Bezug auf alle diese Rechtskomplexe für die Geltung des Personalstatutes entscheidet, so lautet die Fragestellung: Soll für den Status, die Handlungsfähigkeit einer Person das Recht ihrer Heimat (Staatsangehörigkeit) oder das Recht ihres Domizils gelten? Soll für das Erbrecht das Heimatsrecht oder das Domizilrecht des Erblassers, für das Familienrecht das Heimats- oder das Domizilrecht des Ehemanns resp. des Vaters massgebend sein? Allerdings kann von der Anwendung ausländischen Rechtes nicht die Rede sein, wenn diese vom inländischen Rechte absolut verboten ist, oder so weit es sich um Rechtsinstitute handelt, die das inländische Recht als unsittlich verwirft, wie die Sklaverei, den bürgerlichen Tod u. s. w. Indessen spreche ich hier von der Materie der Prohibitivgesetze nicht weiter.

Über die Frage, welche Rechtskomplexe dem Personalstatut unterworfen sein sollen, herrscht vielfach Streit. Am wenigsten bestritten ist die Unterstellung der Handlungsfähigkeit unter das Personalstatut, und mit Rücksicht auf diese ist auch unsere Streitfrage de lege lata wie de lege ferenda am eingehendsten behandelt worden.

Je nach den Bestimmungen der massgebenden Gesetze wird sie nun zu Gunsten der lex patriæ oder zu Gunsten der lex domicilii beantwortet, und nach dem heutigen[1] Sprachgebrauch nennt man dasjenige objektive Recht, welches diese Rechtskomplexe mit Beziehung auf ein bestimmtes Rechtssubjekt regelt, sein Personalstatut. — Huldigt also das Gesetz meines Wohnortes dem Nationalitätsprinzip und das Gesetz meines Heimatsstaates ebenfalls, so ist mein Personalstatut die lex patriæ; huldigen

[1] Einen ganz andern Sinn hatte dieses Wort nach dem Sprachgebrauch der Statutentheorie, allein ich trete auf die historische Entwicklung hier nicht ein.

diese beiden Gesetze dem Domzilprinzip, so ist mein Personalstatut die lex domicilii. Wie es bei einer Divergenz dieser beiden objektiven Rechte zu halten sei, wollen wir vorläufig noch unentschieden lassen.

Ist aber die Frage des Personalstatutes z. B. für die Handlungsfähigkeit gelöst, so liegt es nahe, das gleiche Prinzip auf weitere privatrechtliche Materien auszudehnen. Wenn nun, wie die in den meisten Rechtsgebieten herrschende Meinung annimmt, das eheliche Güterrecht durch das Personalstatut geregelt werden soll (eine Ansicht, der ich mich grundsätzlich anschliesse), so können wir vorläufig in allgemeiner Weise die Frage des Personalstatutes erörtern, und damit darf dann auch die Frage, durch welches objektive Recht das eheliche Güterrecht beherrscht sei, als gelöst betrachtet werden.

§ 2.

Geltendes Recht.

Das Domizilprinzip ist das Prinzip des gemeinen Rechtes, trotzdem im römischen Rechte das Heimatsprinzip galt und jenes nur aushilfsweise in Betracht kam. Savigny[1] unterscheidet drei Wirkungen, welche die Zugehörigkeit zu einer Stadtgemeinde im römischen Recht ausübte: 1) Verpflichtung zur Beisteuer an die städtischen Lasten, 2) Unterwerfung unter den Gerichtsstand dieser Stadt, 3) Unterwerfung unter das eigentümliche positive Recht derselben. Wenn nun eine Person nicht in derselben Stadt das Bürgerrecht wie den Wohnsitz hatte, so war sie in jeder dieser Städte den städtischen Lasten und dem Gerichtsstand unterworfen; aber sie konnte nicht beliebig nach verschiedenen, vielleicht widersprechenden Rechtsregeln beurteilt werden. Savigny hält es nun für unzweifelhaft, dass das örtliche Recht, dem jede Person unterworfen sein sollte, in diesem Falle durch das Bürgerrecht und nicht durch den Wohnsitz bestimmt wurde, weil das Bürgerrecht das engere, an sich höher stehende Band gewesen sei, verglichen mit dem

[1] Savigny, System VIII 86 f.

von Willkür und Laune abhängigen Wohnsitz. Für diese Ansicht führt er auch zwei Belegstellen von Gaius und Ulpian an[2].

Die gemeinrechtliche Geltung der lex domicilii im Gegensatz zur lex originis des römischen Rechtes wird nun von Savigny der Hauptsache nach in folgender Weise begründet[3]: Die Grundlage des römischen Prinzips bestand in den Stadtgebieten, aus denen sich das ganze Reich zusammensetzte. Diese Grundlage ist heute in Deutschland nicht mehr vorhanden, und deshalb können auch die darauf beruhenden Rechtsverhältnisse (munera, forum und Stadtrecht als Recht der Person) nicht mehr in römischer Weise behauptet werden. Die Wirkung der lex originis ist nun im heutigen Rechte verschwunden, dagegen ist die lex domicilii, die im römischen Recht nur aushilfsweise in Betracht kam, an erste Stelle getreten. Allerdings hat man heute unter lex domicilii nicht das Recht des Stadtgebietes, sondern das Recht des Gesetzessprengels[4], in dem eine Person ihren Wohnsitz hat, zu verstehen. Subsidiär soll gelten die lex originis in dem Fall, wo eine Person keinen Wohnsitz hat und nie einen solchen gehabt hat. Unter origo im Sinne des neuern Rechtes versteht aber Savigny das fingierte domicilium eines Menschen an dem Orte, wo zur Zeit seiner Geburt der Wohnsitz des Vaters war.

Dies ist im allgemeinen auch der Standpunkt der heute herrschenden Theorie, zu deren Anhängern u. a. gehören: Windscheid, Dernburg, Puchta, Keller, Seuffert, Kierulff, Unger, Thoel, Stobbe, Gerber, Gengler, Teichmann, Sohm. Auch das Reichsgericht huldigt dieser Theorie.

---

[2] Gaius III § 120: Præterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur nisi si de peregrino fidepromissore quæramus, et alio jure civitas eius utatur.

Ulpian XX § 14: Latinus Junianus, item is qui dedititiorum numero est, testamentum facere non potest . . . . . qui dedititiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suæ testetur.

Besonders diese zweite Stelle scheint mir beweiskräftig zu sein. Vgl. dazu Baron, Peregrinenrecht und jus gentium (1892), p. 5 ff.

[3] Ich citiere nicht wörtlich.

[4] Eine Bezeichnung, die Savigny aus derjenigen des Gerichtssprengels bildete.

Ausdrücklich für das Domizilprinzip ausgesprochen haben sich:

Bayern, Codex Maximilianeus Bavaricus I, 2 § 17;

Preussen, Landrecht, Einleitung § 23;

Liv-, Est- und Curland, Privatrecht, Einleitung III. Titel, XXVIII;

Argentinien, Civilgesetzbuch Art. 6 u. 7;

Vertragsentwurf von Montevideo, Art. 1[5];

Österreich, Civilgesetzbuch I § 34; aber nur teilweise, nämlich soweit es sich um Ausländer handelt, die in Österreich domiziliert sind.

Ferner huldigen dieser Theorie:

Dänemark und Norwegen[6].

Für uns ist von besonderer Bedeutung, dass das schweizerische Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 sich im allgemeinen für die Geltung der lex domicilii entscheidet, trotzdem vorher fast alle Kantone dem Heimatsprinzip huldigten.

Das Nationalitätsprinzip, oder besser gesagt, das mit ihm verwandte Prinzip der origo, war, wie wir gesehen haben, das Prinzip des römischen Rechtes. Dennoch ist es nicht ins gemeine Recht übergegangen. Teichmann[7] macht sogar die Bemerkung, es sei jetzt Sitte geworden, von diesem Prinzip auch im Privatrechte Gebrauch zu machen; wie lange es im übrigen seine Herrschaft behaupten werde, möge dahingestellt bleiben. In Wahrheit liesse sich aber das Nationalitätsprinzip aus dem römischen Recht viel ungezwungener herleiten als das Domizilprinzip. Dass jenes dem römischen Prinzipe näher steht als dieses, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung, und zur Aufnahme des römischen Prinzipes als

---

[5] Dieser Entwurf über internationales Civilrecht (abgedruckt bei Meili, Kodifikation des internationalen Civil- und Handelsrechtes) ist mit den übrigen 7 Entwürfen von Argentinien am 11. Dezember 1894 angenommen worden, ebenso von Peru, Uruguay und Paraguay (seit 1889), vgl. Journal de droit international privé XXIII 440. Freilich wird das Datum dieser Ratifikationen auch anders angegeben, wie sich ergibt aus Lyon-Caen und Delalay, Lois françaises et étrangères sur la propriété littéraire et artistique supplém. 1890—1896, p. 440.

[6] Vgl. Neumann, Internationales Privatrecht p. 37.

[7] Teichmann, Über die Wandelbarkeit des ehelichen Güterrechtes, Basel 1879, p. 18.

Nationalitätsprinzip hätte es keiner grösseren Umgestaltung des Begriffes der origo bedurft, als wie man sie hat vornehmen müssen an dem römischen Begriff des domicilium, um das Domizilprinzip an das Corpus juris anlehnen zu können. Dies gibt auch Savigny zu, indem er an Stelle des Stadtgebietes den Gesetzessprengel treten lässt, und deshalb scheint mir seine Deduktion auch nicht ganz zweifelsfrei zu sein.

Das Nationalitätsprinzip haben die Gesetzgebungen einer grossen Anzahl von Staaten adoptiert:

Österreich, Civilgesetzbuch I § 4; aber nur für die österreichischen Staatsbürger;

Frankreich, C. c. 3_3; ebenso dessen Tochterrechte, z. B. Grossherzogtum Baden, Fürstentum Monaco; Art. 3 Abs. 3 spricht zwar nur von Franzosen im Ausland, diese Bestimmung wird aber gemäss einer konstanten Praxis auch auf Ausländer in Frankreich angewendet[8]; ebenso in Baden[9];

Sachsen, bürgerliches Gesetzbuch § 7;

Deutschland, Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch Art. 7 ff.;

Schweden[10];

Russland, inkl. Polen[10];

Griechenland, Gesetz vom 29. Oktober 1856, Art. 4[11];

Rumänien, Codice civile Art. 2 Al. 2;

Montenegro, Gesetzbuch von 1888, Art. 788;

Italien, Codice civile, Disposizioni Art. 6;

Spanien, Codigo civil (1889) Art. 9;

Portugal, Codigo civil (1868) Art. 24 u. 27;

Niederlande, Wet houdende Allg. Bepalingen, Art. 6;

Belgien, Entwurf Laurent, Art. 11/12;

Mexiko, Código civil (1871) Art. 13;

---

[8] Vgl. Urteil des Tribunal civil de la Seine vom 30. Juni 1894 (Journal XXII 103).

[9] Urteil des Reichsgerichts vom 31. Mai 1889. Amtliche Sammlung (R.-G.) XXIV 326.

[10] Vgl. Neumann l. c. p. 37. Bezüglich Polens, wo noch das bürgerliche Gesetzbuch des Königreichs Polen gilt, vgl. ein Urteil des Senates von Warschau (oberste richterliche Instanz) im Journal I 48.

[11] Vgl. ein Urteil des Appellationshofes von Athen (Journal XXI 592.)

Venezuela, Código civil Art. 7;
Kongostaat, Gesetz vom 20. Februar 1891, § 2;
Japan, Civilgesetzbuch von 1890, Art. 3 der allgemeinen Vorschriften;
Vertragsentwurf von Lima, Art. 6.

Das Nationalitätsprinzip ist auch in einer Reihe von Staatsverträgen, die Deutschland mit europäischen und ausser-europäischen Staaten abgeschlossen hat, und in einer Reihe von Militärkonventionen zwischen deutschen Staaten aufgestellt[12], ebenso in einer Vereinbarung zwischen der Schweiz und Österreich, ferner im Staatsvertrag zwischen Frankreich und Österreich vom 11. Dezember 1866 und mit einer Modifikation auch im Staatsvertrag zwischen Frankreich und Russland vom Jahr 1874[13].

Dieses Prinzip haben sodann die Gesetzgebungen aller schweizerischen Kantone, welche Bestimmungen über internationales Privatrecht enthalten (es sind 15), angenommen, die einen nach dem Vorbild des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches[14], die andern nach dem Vorbild des österreichischen Civilgesetzbuches, und noch andere nach dem des französischen Code civil[15]. Aber schon vor diesen neueren Kodifikationen war durch die Konkordate vom 15. Juli 1822 „betreffend die Testierfähigkeit und die Erbrechtsverhältnisse der Niedergelassenen" und „betreffend die vormundschaftlichen und Bevogtigungs-Verhältnisse der Niedergelassenen" das Heimatsprinzip angenommen worden. Diesen Konkordaten sind von den 10 Kantonen, deren Gesetzgebungen keine international-privatrechtlichen Bestimmungen enthalten, 7 beigetreten[16]. Diese Konkordate[17] und die

---

[12] Vgl. Niemeyer, Positives internationales Privatrecht I (Deutschland), p. 31 ff., 71 f.

[13] Vgl. Meili, Kodifikation p. 147 ff.

[14] Gesetzbuch von 1856: § 2 Rechts- und Handlungsfähigkeit, § 3 Familien- und Erbrecht.

[15] Diese 15 Kantone sind: Zürich, Bern, Luzern, Unterwalden nid d/W., Zug, Freiburg, Solothurn, Schaffhausen, Graubünden, Aargau, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg und Genf.

[16] Diese 7 Kantone sind: Uri, Schwyz, Unterwalden ob d/W., Glarus, beide Appenzell und Thurgau. Ferner erklärte Baselland in einem Anhang VIII zur Landesordnung: „In Ansehung der Erbschaften ab intestato anerkennt die Regierung unbedingt die Gesetze (und den Richter) der Heimat".

[17] B.-G. Art. 39.

kantonalen Bestimmungen über die im Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 geregelten Materien wurden durch dieses ausser Wirkung gesetzt, und an Stelle des Heimatprinzipes trat im allgemeinen das Domizilprinzip. Daneben besteht noch ein älteres Bundesgesetz (vom 22. Juni 1881) betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit, welches in Art. 10 grundsätzlich das Nationalitätsprinzip adoptiert, allerdings mit einer wichtigen Einschränkung, die das in erster Linie angenommene Prinzip zum grössten Teil wieder aufhebt[18]. Dieselbe Bestimmung stellt auch Art. 822 des schweizerischen Obligationenrechts für die Wechselfähigkeit auf[19]. Die letztere Bestimmung wurde fast wörtlich dem Art. 48 der deutschen Wechselordnung entnommen.

Sehr umstritten ist die Frage, wie es zu halten sei, wenn das Gesetz des Wohnsitzes und das Gesetz der Heimat verschiedenen Prinzipien huldigen, speziell in dem Falle, wo ein Prozess geführt wird vor dem Gericht des Wohnsitzes einer Person und die lex domicilii für die Entscheidung einer bestimmten Rechtsfrage die lex patriæ, diese dagegen die lex domicilii massgebend sein lassen will; aber auch im umgekehrten Fall: wenn der Prozess geführt wird vor dem heimatlichen Gericht und die lex patriæ dem Domizilprinzip, die lex domicilii dem Nationalitätsprinzip huldigt. Es wird nun behauptet, durch die Verweisung auf ausländisches Recht erhalte der Richter dieselbe Stellung, wie wenn der Rechtsstreit einem Richter des ausländischen Staates zur Beurteilung vorläge (sog. Rückverweisung). Mit

---

[18] Art. 10: Die Bestimmungen dieses Gesetzes gelten für alle Schweizer, seien sie im Inlande oder im Auslande wohnhaft.

Die persönliche Handlungsfähigkeit der Ausländer richtet sich nach dem Rechte des Staates, dem sie angehören.

Wenn jedoch ein nach dem Rechte seines Landes nicht handlungsfähiger Ausländer in der Schweiz Verbindlichkeiten eingeht, so wird er verpflichtet, insofern er nach schweizerischem Recht handlungsfähig wäre.

[19] S. O.-R. Art 822 bestimmt:

Die Fähigkeit von Ausländern, wechselmässige Verpflichtungen zu übernehmen, richtet sich nach dem Rechte des Staates, dem sie angehören.

Wenn jedoch ein nach dem Rechte seines Landes nicht wechselfähiger Ausländer in der Schweiz Wechselverbindlichkeiten eingeht, so wird er verpflichtet, insofern er nach dem schweizerischen Gesetz wechselfähig wäre.

Für die Wechselfähigkeit von Schweizern, seien sie im Inlande oder im Auslande wohnhaft, gelten die Bestimmungen dieses Gesetzes.

anderen Worten: der inländische Richter hat inländisches Recht anzuwenden, obschon, oder gerade weil sein Recht das ausländische massgebend sein lassen will, wenn dieses ausländische Recht sagt, das inländische (die lex domicilii) komme zur Anwendung. — Diese Theorie hat das Reichsgericht einem Urteil vom 27. Januar 1888 zu Grunde gelegt:

„Für den rheinischen Richter enthält der Art. 110 (des rhein. bürgerl. G.-B.) eine Vorschrift, wonach, wenn der Erblasser seine Heimat zwar im rheinischen, den Wohnsitz dagegen in einem andern Rechtsgebiet hatte, die Gesetze dieses letztern massgebend sind. — Diese Gesetzgebung ist aber in ihrer Totalität anzuwenden, d. h. der Erbfall ganz ebenso zu beurteilen, wie wenn er von den an jenem Wohnorte bestehenden Gerichten würde beurteilt werden müssen. Dass diese Ansicht zu einem unlöslichen Zirkel führen müsse, ist nicht anzuerkennen, denn die Frage des internationalen Privatrechtes ist nur einmal nach dem Gesetz des Wohnsitzes des Erblassers zu lösen und dann sofort (!) das danach für massgebend anerkannte Erbrecht anzuwenden. ... Die Tragweite des Art. 110 ist also die, dass, wenn die Erbfolge im Sinne desselben in einem fremden Rechtsgebiet eröffnet worden ist, das Gesetz am Wohnsitz des Erblassers darüber zu entscheiden habe, welches Recht anzuwenden sei[20].“

Auch Bar[21] teilt diese Ansicht und begründet sie in folgender Weise:

„Wenn eine Gesetzgebung das sog. persönliche Recht vom Wohnsitz und nicht von der Staatsangehörigkeit abhängig macht, so besagt das, dass es nach dieser Gesetzgebung eine Staatsangehörigkeit im technischen Sinne für das Gebiet des Privatrechtes gar nicht gibt. Die betreffende Person besitzt also privatrechtlich keine Staatsangehörigkeit; es muss also die Gesetzgebung des Domizils für die zuständige erachtet werden.“

Diese Begründung ist offenbar unzutreffend; denn wenn ein Gesetz für die im Inland domizilierten Ausländer das Recht ihres Heimatstaates, ihrer Nationalität, ihrer Staatsangehörigkeit zur Anwendung kommen lässt (für bestimmte Rechtskomplexe), so meint es damit eben, was man gewöhnlich unter Nationalität einer Person versteht: ihre Qualität als Bürger, als Unterthan des Heimatstaates, also ein öffentlich rechtliches Verhältnis. Eine privatrechtliche Staatsangehörigkeit musste erst erfunden werden, wenn man damit die sog. Rückverweisung begründen wollte.

Aber nicht nur die Begründung dieser Ansicht, sondern auch sie selbst scheint mir falsch zu sein. Wenn ein Gesetzbuch Normen

---

[20] R.-G. XX 353.

[21] Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechtes, I 279/80.

aufstellt für die Beurteilung international-privatrechtlicher Fragen, so binden diese Normen den inländischen Richter absolut. Bestimmt ein Gesetzbuch, für die Beurteilung z. B. der Handlungsfähigkeit eines Ausländers sei das Recht des Staates massgebend, dem der betreffende Ausländer angehört, so ist mit dieser Bestimmung, wenn man sie nicht künstlich auslegen will, gemeint, massgebend seien diejenigen Sätze des ausländischen Rechtes, welche sich auf die Handlungsfähigkeit beziehen; und nicht, man solle den in Frage stehenden Punkt den Regeln des internationalen Privatrechtes des ausländischen Gesetzes unterwerfen. In diesem Sinne spricht sich auch Regelsberger aus:

„Wenn das inländische Recht für die Beurteilung eines Rechtsverhältniselementes auf ausländisches Recht verweist, so wird dieser Punkt nicht wieder den Regeln des internationalen Privatrechtes unterworfen, welche das ausländische Recht aufstellt, es könnte sonst ein eigentümliches juristisches Fangspiel entstehen, sondern das inländische Recht entscheidet die Frage des internationalen Privatrechtes endgültig. Es ist daher nicht richtig, wenn man sagt, durch die Verweisung auf ausländisches Recht erhalte der Richter dieselbe Stellung, wie wenn die Sache einem Richter des ausländischen Staates zur Beurteilung vorläge[22].“

Praktisch würde die Rückverweisung, wie sie das Reichsgericht in dem citierten Urteil befürwortet hat, wirklich zu einem circulus inextricabilis führen. — Wenn z. B. die Handlungsfähigkeit eines Bayern, der im Grossherzogtum Baden seinen Wohnsitz hat, einem badischen Gerichte zur Beurteilung vorliegt, so müsste gemäss dieser Anschauung des Reichsgerichtes der badische Richter die Frage so beurteilen, wie wenn sie einem bayrischen Gerichte vorläge; denn das badische Recht verweist auf die lex patriæ. Läge aber die Frage einem bayrischen Richter vor, so müsste sie dieser, gemäss diesem Reichsgerichtsurteil so entscheiden, wie wenn die Frage einem badischen Gerichte vorläge; denn das bayrische Recht verweist auf die lex domicilii. Damit sind wir wieder am Anfang angelangt, und so kommt man ad infinitum im Kreise herum.

Die Rückverweisung ist also aus praktischen Gründen ebenso zu verwerfen, wie aus theoretischen. Auch das Reichsgericht

---

[22] Regelsberger, Pandekten I 164/65. Ebenso Labbé im Journal XII 5 ff. Vgl. auch Lainé im Journal XXIII 248 ff. und Fr. Kahn in Iherings Jahrbüchern N. F. XXIV 366—408.

scheint auf diesem Standpunkt nicht verharren zu wollen. In einem Urteil vom 31. Mai 1889 sagt es:

„Nach der Vorschrift von L.-R.-S. 3 Abs. 3 Code civil sind die „Gesetze, welche den Zustand und die Rechtsfähigkeit der Personen bestimmen", deren Staatsangehörigkeit entsprechend in Anwendung zu bringen, also das Personalstatut, nicht das nationale Recht im allgemeinen. Das Gesetz bezeichnet nicht das Heimatrecht als dasjenige, nach dem der bestehende Konflikt zu lösen, das massgebende Statut erst zu bestimmen sei, sondern es entscheidet die internationalrechtliche Frage selbst und zwar dahin, dass das Personalstatut des Heimatsstaates gelte. Die Meinung ist die, dass ein Ausländer einen Rechtsakt gültig schliessen könne, wenn er nach seinem Heimatrechte hiezu fähig ist, ungeachtet er nach dem inländischen Rechte hiezu nicht befähigt wäre .... Auch die Rücksicht ist für den inländischen Richter nicht massgebend, wo möglich zu der gleichen Entscheidung zu gelangen, welche über den nämlichen Rechtsstreit von den Gerichten des Heimatstaates eines Ausländers zu erwarten wäre. Die Verschiedenheit der Entscheidungen ist durch die Ungleichheit der für die internationalrechtlichen Fragen geltenden Gesetzesbestimmungen bedingt[23]."

Meines Erachtens hat das Reichsgericht mit dieser Entscheidung seinen früheren Standpunkt entgiltig verlassen; denn ganz dieselben Argumente können auch auf den früher (27. Januar 1888) beurteilten Fall angewendet werden.

Anders ist natürlich die Frage zu entscheiden, wenn ein Gesetzbuch eine Bestimmung enthält ähnlich wie das zürcherische, welches sagt[24]: „Die Familienverhältnisse von Kantonsfremden, welche im Kanton wohnen, werden insofern nach dem Rechte ihrer Heimat beurteilt, als das Recht des Staates, dem sie angehören, solches vorschreibt". In diesem Falle ist es klar, dass, obschon das Gesetz das Heimatsprinzip als Regel aufstellt, doch unter Umständen die lex domicilii zur Anwendung kommt, aber dies geschieht dann kraft der inländischen Norm über internationales Privatrecht.

§ 3.

Erörterungen de lege ferenda.

Nachdem wir die beiden Systeme Nationalitäts- und Domizilprinzip mit Rücksicht auf ihr Geltungsgebiet betrachtet haben,

---

[23] R.-G. XXIV 326.

[24] Gesetzbuch von 1887, § 3_{12}. Natürlich ist diese Bestimmung durch das Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 aufgehoben.

fragt es sich, welchem man de lege ferenda den Vorzug geben soll. Wir teilen in dieser Beziehung die Ansicht des berühmten Bartolus, dass sorgfältige Unterscheidungen gemacht werden müssen („plenius quam doctores dicant hic distingue"). Es sind vor allem folgende Gebiete, welche gemäss der Natur der Sache und der vorzugsweise herrschenden Theorie und Praxis nach dem Personalstatut, also nach der lex domicilii oder nach der lex patriæ beurteilt werden:

1) die Handlungsfähigkeit,
2) das Eherecht, inkl. eheliches Güterrecht,
3) das Elternrecht:
   väterliche bezw. elterliche Gewalt,
   vermögensrechtliche Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern, Alimentation u. s. w.,
   Ehelichkeit oder Unehelichkeit eines Kindes,
   Legitimation,
   Adoption,
4) das Vormundschaftsrecht,
5) das Erbrecht.

Bei einigen dieser Verhältnisse, nämlich bei den Fragen der Ehelichkeit oder Unehelichkeit und der Legitimation scheint mir wegen ihrer öffentlich rechtlichen Bedeutung die Anwendung der lex domicilii von vornherein ausgeschlossen zu sein[1]. Durch eheliche Geburt oder Legitimation erwirbt das Kind das Bürgerrecht des Vaters. Deshalb hat der Heimatstaat des Vaters ein Interesse daran, wie diese Verhältnisse geordnet sind, und er wird Entscheidungen über Ehelichkeit oder Legitimation, die auf Grund der von seinem Recht abweichenden lex domicilii des Vaters gefällt worden sind, nicht anerkennen. Ganz ähnlich verhält es sich mit der Eheschliessung. In einem speziellen Falle ist übrigens das Nationalitätsprinzip für die Ehe ganz allgemein anerkannt, nämlich in dem Institut der Konsulatsehen, welches die meisten zivilisierten Staaten anerkennen. Es beruht auf der fakultativen Geltung der Regel locus regit actum. Danach richtet sich die Form eines Rechtsgeschäftes nach den Vorschriften der lex loci

[1] Auch das schweizerische Bundesgesetz vom 25. Juni 1891, das im allgemeinen dem Domizilprinzip huldigt, lässt hier das Heimatsrecht massgebend sein. Art. 8 des Gesetzes.

actus oder nach den Vorschriften des Gesetzes, welchem das Rechtsgeschäft materiell unterliegt. Bei den Konsulatsehen wird die Form der lex loci actus nicht beobachtet, sondern die des heimatlichen Rechtes, und damit wird indirekt erklärt, dass die Ehe dem Rechte des Heimatstaates unterworfen sei.

Bei den übrigen Rechtsmaterien, welche dem Personalstatut unterstehen sollen, ist die Anwendung des Nationalitätsprinzipes nicht ein so absolutes Erfordernis. Aber da die Unterstellung unter das Personalstatut auch bei diesen Rechtskomplexen aus der Notwendigkeit hervorgegangen ist, die hierher gehörigen Fragen vor zufälliger Wandelung zu schützen, so ist auch hier die Anwendung der lex patriæ zweckmässiger und entspricht der Natur dieser Rechtsverhältnisse besser als die Anwendung der lex domicilii. Meili sagt in seiner Vorlesung über internationales Privatrecht:

„Es gibt gewisse Rechtsverhältnisse, welche nicht von der Thatsache des Wohnsitzes abhängen, wie ja überhaupt der Wohnsitz vielfach nur der Mittelpunkt für das wirtschaftliche Leben ist." — „Die Verhältnisse des persönlichen Rechtes (Handlungsfähigkeit, Ehebegründung, väterliche Gewalt u. s. w.) müssen in einer Weise geregelt sein, dass sie nicht dem Wechsel unterliegen. Dazu ist die Anlehnung an die Nationalität zutreffender[2]."

Ausser der Wünschbarkeit einer unwandelbaren Regelung dieser Verhältnisse ist noch ein anderer Grund vorhanden, der sehr gewichtig zu Gunsten des Nationalitätsprinzipes in die Wagschale fällt. Gerade die Verhältnisse der Ehe sind so sehr abhängig von der nationalen Sitte und den religiösen Anschauungen und die Normen über die Ehefähigkeit ausserdem noch von sanitaren und sozialpolitischen Betrachtungen des einzelnen Volkes, dass seine Angehörigen auch im Ausland die heimatlichen Sitten, mit denen in der Regel die heimatlichen Gesetze übereinstimmen, sich zur Richtschnur ihres Thun und Lassens nehmen. Es würde daher ihr Rechtsgefühl, das sich unter dem Einfluss der heimatlichen Sitten und Rechtsinstitute gebildet hat, verletzen, wenn sie sich plötzlich nach ganz andern Sitten und Gesetzen richten sollten. Dies wird allerdings im höchsten Grade der Fall sein, wenn die

[2] Vgl. dazu Meili, Geschichte und System des internationalen Privatrechtes im Grundriss p. 48/49, und dessen Abhandlung „Die Doktrin des internationalen Privatrechtes" in der Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht I 155.

beiden im Auslande lebenden Ehegatten derselben Nation angehören, und in diesem Fall ist entschieden das Nationalitätsprinzip das einzig gerechte. Da aber überall (wenigstens von Gesetzes wegen) der Mann das Haupt der Ehe ist, so sollte man konsequenterweise überhaupt das heimatliche Gesetz des Ehemannes für die Verhältnisse der Ehe massgebend sein lassen. Aber auch die väterliche Gewalt, die Handlungsfähigkeit u. s. w. sind von diesem Gesichtspunkte aus richtiger dem heimatlichen Recht zu unterstellen, wenigstens prinzipiell (von einzelnen Vorbehalten will ich hier nicht sprechen); denn auch die Gesetzesbestimmungen auf diesen Gebieten sind ein Ausfluss der Sitte und das Resultat sanitarischer Betrachtungen der Nation.

Gerade auch die Unrealisierbarkeit des Traumes von einem einheitlichen Recht für alle Kulturvölker der Erde ist ein starkes Argument für die Annahme des Nationalitätsprinzipes. Weshalb ist dieser ideale Gedanke nicht realisierbar? Weil es unlogisch wäre, bei allen Nationen die Grossjährigkeit, die Ehemündigkeit auf das gleiche Alter festzusetzen, ohne Rücksicht auf die physische und geistige Entwicklung des einzelnen Volkes; weil die gleiche Gestaltung der Familiengewalt u. s. w. nicht für alle, kulturell ungleich entwickelten Völker passt, ganz abgesehen von unzivilisierten Völkern, die hier gar nicht in Frage kommen; kurz, weil für jedes Volk mit der von der Beschaffenheit seines Landes abhängigen Lebensweise und der daraus resultierenden, ihm eigentümlichen physischen und geistigen Entwicklung dasjenige Recht gerecht und zweckdienlich ist, das mit Berücksichtigung und unter dem Einfluss jener Eigentümlichkeiten entstanden ist. Und was für ein ganzes Volk zweckdienlich und gerecht ist, ist es auch für den einzelnen Angehörigen dieses Volkes, der wie dieses unter dem Einfluss jener Eigentümlichkeiten steht.

Dagegen wird der Einwand erhoben, dass die Nationalität heute nicht mehr von so grosser Bedeutung sei, wo so viele Menschen ausserhalb ihres Heimatstaates wohnen; durch die längere Abwesenheit von der Heimat verschwinde das Gefühl der Zugehörigkeit zu der eigenen Nation, und das Gefühl der Zugehörigkeit zum Wohnsitzstaat werde stärker. Dieser Betrachtung kommt einige Beweiskraft zu, wenn die beiden Nationen stammesverwandt sind, ähnliche Staatseinrichtungen haben u. s. w. Aber sonst schwerlich. Ich erinnere an die unzähligen Schweizer,

welche in jungen Jahren auswandern, vielleicht 20, 40 Jahre fortbleiben und dann, wenn es ihnen möglich ist, doch wieder in ihr Vaterland zurückkehren. Man darf vielleicht auch daran erinnern, dass die Juden sich heute noch als eine Nation und als zusammengehörig betrachten, trotzdem sie seit vielen hundert Jahren kein Vaterland mehr besitzen, dass sie bis in unser Jahrhundert ihr eigenes Recht besassen und teilweise noch besitzen, und dass sie namentlich auch von ihren Gegnern als zusammengehörig betrachtet werden. Übrigens wird bezüglich der Bedeutung der Staatsangehörigkeit früher und heute auch behauptet, diese Bedeutung sei heute grösser als früher, infolge der Erweiterung der politischen Rechte der Unterthanen[3].

Zum Schluss sei noch auf einen Utilitätsgrund hingewiesen, der zu Gunsten des Nationalitätsprinzips spricht. Niemeyer[4] sagt, der Gesetzgeber könne und solle zur Verminderung der Zahl der Kollisionsfälle beitragen dadurch, dass er sich der Mehrheit der ausländischen Gesetzgebungen anschliesse, auch wenn diese von seinem Idealplan eines internationalen Privatrechtes abweichen sollten[5]. Ich halte diese Forderung für sehr gerechtfertigt. Da nun das neue deutsche bürgerliche Gesetzbuch[6] in der Materie des internationalen Privatrechtes das Nationalitätsprinzip aufstellt, so dürfte es auch für die Schweiz angezeigt sein, im internationalen Verkehr dieses Prinzip zu adoptieren. Es würde dann fast im ganzen kontinentalen Europa gelten. Nur Dänemark, Norwegen, die russischen Ostseeprovinzen und teilweise Österreich stünden dann noch auf dem Boden des Domizilprinzipes. Für das Nationalitätsprinzip spricht auch ein Reichsgerichtsurteil vom 9. Juni 1883 (in welchem zwar mehr prozessuale Fragen entschieden werden):

„Prüft man mit Aufmerksamkeit die deutsche Gesetzgebung und die legislativen Vorarbeiten Deutschlands in neuerer Zeit, so bemerkt man eine

---

[3] Vgl. Neumann, l. c. p. 39.

[4] Niemeyer, Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des internationalen Privatrechtes, p. 104/5.

[5] Diesen Gedanken hat schon Mancini angedeutet im Journal I 232.

[6] Eigentlich das Einführungsgesetz. Sonderbarerweise sind die international-privatrechtlichen Bestimmungen ins Einführungsgesetz aufgenommen worden. Art. 7—31.

allmähliche Gravitation nach der höheren Schätzung der Bedeutung des in der Staatsangehörigkeit liegenden idealen Bandes[7]."

In neuester Zeit ist dieses Prinzip auch in der Theorie vielfach befürwortet worden, in erster Linie von der neuen italienischen und französischen Schule (Mancini, Laurent etc.), ferner auch von Bar, der es als das wahrscheinlich in Zukunft herrschende Prinzip bezeichnet. Auch Stobbe, der wie bereits erwähnt, das Domizilprinzip vertritt, thut dies in erster Linie mit Rücksicht auf die in einem deutschen Staate domizilierten Angehörigen eines andern deutschen Staates und fährt dann fort:

„Nur dem ausserdeutschen Ausland gegenüber kann es gegenwärtig als zulässig erscheinen, nicht auf das Domizil, sondern auf die Staatsangehörigkeit zu sehen. In Deutschland darf dieses Prinzip erst dann Aufnahme finden, wenn die Buntscheckigkeit des Privatrechtes durch ein einheitliches Gesetzbuch beseitigt ist[8]."

Für dieses Prinzip hat sich auch die Konferenz im Haag in einzelnen Materien und mehrfach das Institut de droit international ausgesprochen. In seiner Sitzung in Lausanne 1888 hat es folgende Conclusion adoptiert:

„La capacité d'une personne en matière commerciale se détermine d'après sa loi nationale."

Im gleichen Sinne sprach sich der 18. deutsche Juristentag aus, und damit stimmen mehrere private Gesetzesvorschläge betreffend das internationale Privatrecht, so die Vorschläge von Mommsen, Domin-Petrushevecz, Niemeyer, Neumann überein.

Es wird nun dem Nationalitätsprinzip der Vorwurf gemacht, dass es die Leichtigkeit und die Sicherheit des Verkehrs beeinträchtige. Gegenüber dem streng durchgeführten Nationalitätsprinzip hat dieser Vorwurf allerdings eine gewisse Berechtigung, wenigstens für das Gebiet der Handlungsfähigkeit und speziell auch des ehelichen Güterrechtes. Er trifft aber, vielleicht in geringerem Umfange, auch das streng durchgeführte Domizilprinzip, sobald man vom Standpunkt des einen oder des andern Prinzipes aus den Satz aufstellt: Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis eius[9]. Aber ganz

---

[7] R.-G. IX 393.

[8] Stobbe, Deutsches Privatrecht, I 239.

[9] l 19 D de R. J. 50, 17.

im gleichen Masse, wie das Nationalitätsprinzip, trifft dieser Vorwurf das auf das eheliche Güterrecht angewandte Domizilprinzip, wenn man das Gesetz des ersten ehelichen Wohnsitzes während der ganzen Dauer der Ehe massgebend sein lässt, und in noch erhöhtem Masse, wenn man auf das Gesetz des jeweiligen Wohnsitzes abstellt.

Es sind nun besonders auf dem Gebiete der Handlungsfähigkeit Versuche gemacht worden, die Härten des streng durchgeführten Nationalitätsprinzipes zu mildern. — Verschiedene Gesetze, welche prinzipiell das Heimatrecht anerkennen, gehen im Interesse der Verkehrssicherheit so weit, dass sie durch die Ausnahmen, die sie aufstellen, die Handlungsfähigkeit gar nicht mehr durch das Personalstatut bestimmen lassen, auch nicht eventuell durch die lex domicilii, sondern dass sie schlankweg auf die lex loci contractus rekurrieren. So z. B. das schweizerische Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit[10], das schweizerische Obligationenrecht bezüglich der Wechselfähigkeit (Art. 822), die deutsche Wechselordnung, das bürgerliche Gesetzbuch von Sachsen, das deutsche bürgerliche Gesetzbuch[11], ferner die privaten Entwürfe von Mommsen, Rocholl, Niemeyer. Das ist im Grunde die Theorie des Hugo Grotius, der sagt: „Qui in loco aliquo contrahit, tamquam subditus temporarius legibus loci subjicitur". Zuerst wird zwar vor der lex patriæ eine ehrerbietige Verbeugung gemacht, nachher wird aber der lex loci contractus ein so grosses Geltungsgebiet eingeräumt, dass von der Regel selbst fast nichts mehr übrig bleibt. Nur wenn die lex patriæ dem Bestehen des Vertrages noch günstiger ist als die lex loci contractus, wird auf jene zurückgegriffen. Dies wird aber in der Schweiz z. B. sehr selten der Fall sein, da die Volljährigkeit, die hier in erster Linie in Betracht kommt, in der grossen Mehrzahl der übrigen Staaten und gerade in unsern Nachbarstaaten in einem späteren Zeitpunkt eintritt als in der Schweiz.

Diese Modifikation des Prinzipes scheint mir zu weit zu gehen. Man könnte ohne irgend eine Änderung des Sinnes den Art. 10 des genannten schweizerischen Bundesgesetzes

---

[10] Vgl. § 2, Note 18 u. 19.
[11] Einführungsgesetz Art. 7.

(und die entsprechenden Artikel jener andern Gesetze) auch umkehren und sagen: „Geht ein Ausländer in der Schweiz Verbindlichkeiten ein, so wird er verpflichtet, wenn er nach dem schweizerischen Rechte (lex loci contractus) handlungsfähig ist, nicht minder aber auch, wenn er nur nach dem Rechte seines Heimatstaates handlungsfähig ist". Eine solche Regelung ist aber in direktem Widerspruch zu der im Prinzip anerkannten Forderung, dass die Handlungsfähigkeit nach dem Personalstatut zu bestimmen sei. Es ist unlogisch, auf der einen Seite zu sagen, die Handlungsfähigkeit soll stets durch dasselbe Recht (das Personalstatut) beherrscht werden, weil sie dauernd und gleichmässig geregelt sein muss, und dann auf der andern Seite die lex loci actus als massgebend zu bezeichnen. Damit ist ja die Handlungsfähigkeit dem grössten Wandel ausgesetzt, eine Konsequenz, die man gerade durch deren Unterstellung unter das Personalstatut vermeiden wollte.

Dennoch muss man, um die Härten des Nationalitäts- (eventuell Domizil-) Prinzipes zu mildern, der lex loci actus einige Zugeständnisse machen, und dafür scheint mir der Beschluss des Institut in Lausanne den rechten Weg zu zeigen [12]. Dieser Beschluss lautet:

Art. 1er. Conformément aux principes adoptés à Oxford la capacité d'une personne, en matière commerciale comme en matière civile, se détermine d'après sa loi nationale. Art. 2. Toutefois, en matière commerciale, la demande en nullité fondée sur l'incapacité de l'une des parties peut être repoussée et l'acte reconnu valable par application de la loi du lieu où il a été passé, si l'autre partie établit qu'elle a été induite en erreur par le fait de l'incapable ou par un concours de circonstances graves abandonnées à l'appréciation des magistrats.

Der nächste Schritt auf dem vorgezeichneten Wege ist nun der, dass man diesen Art. 2 auch auf das Gebiet des Civilrechtes ausdehnt und ungefähr so sagt: Wer im Inland mit einem Ausländer kontrahiert, soll sich mit Bezug auf die Frage der Handlungsfähigkeit dieses Ausländers auf das inländische Recht berufen können, wenn er durch den Ausländer veranlasst [13] worden

---

[12] Annuaire 1888/89, p. 103/104. Vgl. auch Meili, Geschichte und System, p. 67.

[13] Als eine solche Veranlassung dürfte natürlich nicht angesehen werden die Thatsache des gegenwärtigen Vertragsabschlusses, wohl aber könnte sie ge-

ist, zu glauben, es kommen die ausländischen Gesetze zur Anwendung, oder wenn er durch andere Umstände zu diesem Irrtum verleitet worden ist, der (ausländische) Gegenkontrahent diesen Irrtum gekannt hat oder doch bei gutem Willen hätte kennen müssen[14] und doch seinen Mitkontrahenten nicht darauf aufmerksam gemacht hatte.

Es soll also nicht genügen, dass den geschädigten Mitkontrahenten keine Schuld trifft, sondern es muss auf Seiten des nach seinem Heimatrechte nicht handlungsfähigen Ausländers ein Verschulden vorliegen oder präsumiert werden können, um die lex loci actus, nach welcher der Ausländer die Handlungsfähigkeit hätte, zur Anwendung zu bringen. Damit ist die Härte des streng durchgeführten Nationalitätsprinzipes beseitigt und meines Erachtens dem etwas vagen Verlangen nach „Verkehrssicherheit" genügend Rechnung getragen[15].

Endlich fragt es sich noch, wie zu entscheiden sei, wenn eine Person gar keine oder mehrfache Staatsangehörigkeit besitzt. Regelsberger[16] ist der Ansicht, dass hier der Wohnsitz bestimmend eintrete. Auch Bar huldigt dieser Ansicht[17].

In dem Falle, wo jemand keine Staatsangehörigkeit besitzt, ist dieser Ausweg der richtige; denn eine Person, die ihre Staatsangehörigkeit aufgegeben hat (vielleicht gerade, um sich in ihrem Wohnsitzstaat naturalisieren zu lassen), oder die

---

funden werden in der fortgesetzten Vornahme von Rechtsgeschäften, z. B. im Betriebe eines Handels.

[14] Der Beweis, dass der Ausländer den Irrtum seines Mitkontrahenten wirklich gekannt habe, wird fast nie zu erbringen sein, und deshalb muss man es auch wohl als genügend ansehen, dass er den Irrtum bei gutem Willen, nach den Umständen oder nach den Äusserungen des Mitkontrahenten hätte kennen sollen.

[15] Es wird überhaupt die Frage noch im Détail untersucht werden müssen, ob die Lösung der Konflikte des internationalen Privatrechtslebens nicht zu finden sei in einer Verbindung und Aussöhnung der beiden Prinzipien (Domizilrecht und Heimatrecht). Ich verweise in dieser Beziehung auf Meili, Der erste europäische Staatenkongress über internationales Privatrecht, Wien 1894, p. 10 und dessen Erörterungen an der Konferenz im Haag: Actes de la deuxième conférence de la Haye chargée de réglementer diverses matières de droit international privé, La Haye 1894, p. 37.

[16] Regelsberger l. c. p. 167.

[17] Bar, l. c. I 274/75.

nichts gethan hat, um ihre Staatsangehörigkeit beizubehalten, kann keinen Anspruch auf die Vergünstigung machen, nach dem Recht ihres früheren Heimatstaates beurteilt zu werden[18]. Ebenso ist es sachgemäss, dass bei mehrfacher Nationalität das Personalstatut das Recht desjenigen Heimatstaates sein soll, in dem die Person wohnt. Hat dagegen eine Person mehrfache Staatsangehörigkeit, aber in keinem ihrer Heimatstaaten ihr Domizil, so braucht man deswegen nicht das Domizil entscheiden zu lassen, besonders wenn man das Nationalitätsprinzip in der Weise, wie es geschehen ist, modifiziert. Das Zutreffende dürfte wohl sein, auf das Gesetz des Staates zurückzugreifen, dessen Staatsangehörigkeit die Person (oder ihre Vorfahren) zuletzt erworben hat[19], natürlich mit der oben vorgeschlagenen Modifikation. Aus Zweckmässigkeitsrücksichten rechtfertigt sich hier noch eine weitere Modifikation: der gutgläubige Gegenkontrahent soll sich unter denselben Voraussetzungen, unter denen er sich auf die lex loci contractus berufen könnte, auch auf das Gesetz einer andern Staatsangehörigkeit als der zuletzt erworbenen berufen können. Der Ansicht, dass man nicht auf das Domizilrecht rekurrieren soll, ist auch Huc[20]:

„Dans le cas, où un Non-Français appartiendrait à la fois à deux nationalités étrangères, un projet de résolution présenté lors de la session de l'Institut de droit international à Genève en 1874 proposait encore la loi du domicile. Cette solution est douteuse, quand l'intéressé n'est domicilié ni dans l'un ni dans l'autre des pays, auxquels il appartient. Dans ce cas, la solution proposée consiste à refuser à l'intéressé deux statuts, dont l'un est certainement le sien, pour lui attribuer un troisième qui certainement ne lui appartient pas."

Es ist zuzugeben, dass beim Vorhandensein mehrfacher Staatsangehörigkeit und bei prinzipieller Annahme des Nationalitätsprinzips die Frage des Personalstatutes keine unanfecht-

---

[18] So auch Cour de Bruxelles (29. December 1877). Vgl. Journal VIII 102.

Ebenso Institut Oxford 1880.

Belgischer Entwurf (Laurent), Art. 18, 3.

Anders: Deutsches bürgerliches Gesetzbuch, Einführungsgesetz, Art. 29.

[19] Vgl. Schweiz. B.-G. vom 25. Juni 1891, Art. 5, und Entwurf Niemeyer § 21, Abs. 2 u. 4.

[20] Huc, Commentaire du Code civil I No. 143.

bare Lösung erfährt, möge diese erfolgen, indem man eine Ausnahme von dem Prinzip macht, oder indem man auf eines der Heimatsrechte der Person Bezug nimmt. Das Vorhandensein mehrfacher Nationalität ist aber nicht so häufig, dass man deswegen das im allgemeinen richtigere Prinzip ohne Weiteres verwerfen müsste. Dagegen wäre zu wünschen, dass durch die Gesetzgebungen oder durch Staatsverträge die Möglichkeit mehrfacher Staatsangehörigkeit beseitigt würde.

Erster Abschnitt.

Gesetzliches eheliches Güterrecht.

Einleitungsweise ist zu sagen, dass man unter dem ehelichen Güterrecht im allgemeinen die Wirkungen versteht, welche die Ehe auf das Vermögen der Ehegatten ausübt. Unter dem gesetzlichen ehelichen Güterrecht versteht man, im Gegensatz zum vertragsmässigen, diejenigen Wirkungen, welche die Ehe auf das Vermögen der Ehegatten ausübt, wenn sie diese Wirkungen nicht durch einen Vertrag geregelt haben. Positiv ausgedrückt: Das gesetzliche eheliche Güterrecht besteht in den Wirkungen, welche die Ehe kraft objektiven Rechtssatzes ausübt auf das Verhältnis der beiden Vermögen der Ehegatten zu einander.

§ 4.

Rechtsgrund der Entstehung.

Vielfach wird behauptet, der Grund, weshalb ein bestimmtes eheliches Güterrecht die Güterverhältnisse der Ehegatten regle, wenn kein ausdrücklicher Vertrag vorliegt, sei ein stillschweigender Vertrag. Der Begründer dieser Theorie ist Molinäus[1], und heute noch wird mit ihr in der französischen, belgischen und nieder-

[1] Vgl. Meili, Argenträus und Molinäus, in der Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, V 363 ff.

ländischen Praxis vielfach gefochten. Der Zweck dieser Konstruktion war offenbar der, das gleiche Güterrecht auf alle Vermögensbestandteile, also auch auf Immobilien, auszudehnen und ihm Unwandelbarkeit beizulegen, d. h. zu bewirken, dass es durch einen Wohnsitzwechsel keine Änderung erfahre. So sehr nun auch dieser Zweck zu billigen ist, so ist daraus doch für die Wahrheit dieser Konstruktion kein beweiskräftiges Argument abzuleiten. Eifriger Gegner des Molinäus war Argenträus.

Die Theorie des stillschweigenden Vertrages wird begründet mit der Freiheit der Ehegatten, ihr Güterrecht selbst zu bestimmen. Gemäss dieser Begründung sollte es den Ehegatten freistehen, irgend ein gesetzliches Güterrecht stillschweigend zu wählen. Diese Konsequenz haben aber doch die meisten Vertreter dieser Theorie nicht gezogen, da sie praktisch absolut unhaltbar wäre. Denn wie wollte man entscheiden, wenn bei einem Konkurs oder bei der Auflösung der Ehe die Ehegatten oder die Erben widersprechende Angaben machten in Bezug auf das gewählte eheliche Güterrecht? Und wie leicht würde der eine oder beide Ehegatten, vielleicht in guten Treuen, vielleicht auch bewusst unrichtig behaupten, es sei seiner Zeit dasjenige Güterrecht gewählt worden, das ihnen im Augenblick günstiger ist. Würde diese Konsequenz in der Theorie doch gezogen, so müsste sie in der Praxis bei jedem Urteil verlassen werden, und die sog. absolute Freiheit der Ehegatten würde durch eine Präsumption zu Gunsten des Wohnsitz- oder des Heimatrechtes aufgehoben. Dies ist der Standpunkt der französischen[2] Praxis. So sagt z. B. ein Urteil der Cour d'Aix vom 7. Februar 1882:

„Bec étant Italien et n'ayant pas voulu cesser de l'être, la présomption est qu'il n'a pas voulu d'avantage renoncer au statut personel de son pays, qui le suivait partout; et ainsi pour réussir dans leurs prétentions, les héritiers de la femme Bec sont tenus de prouver que, contrairement à cette présomption, Bec tout en gardant sa nationalité a cependant voulu soumettre ses conventions matrimoniales à une autre loi que la sienne propre[3]."

Es ist einleuchtend, dass es beim Mangel eines schriftlichen Vertrages fast in allen Fällen unmöglich ist, diesen

[2] Bezüglich der Praxis der niederländischen Gerichte vgl. ein Urteil des Gerichtshofes von Amsterdam vom 16. Dezember 1893 (Journal XXIII 220).

[3] Journal XII 190.

Beweis zu leisten, und dass also eine derartige præsumptio juris ziemlich denselben Effekt hat wie eine præsumptio juris et de jure. Zu einem andern Resultat, aber auch auf Grund der Theorie des stillschweigenden Vertrages, gelangt ein Urteil des Tribunal civil de Marseille vom 12. Februar 1885:

„Les époux s'étant mariés en France, où était leur domicile, où ils ont exploité pendant quarante ans environ un établissement industriel, sans esprit de retour au pays d'origine du mari, sont censés avoir adopté les règles du droit français au point de vue de leurs intérêts matrimoniaux[4].“

Zur vollständigen Freiheit der Ehegatten, über ihre Güterrechtsverhältnisse zu bestimmen, würde schliesslich auch das Recht gehören, gar kein eheliches Güterrechtsverhältnis zu wollen. Dieses Recht wird aber den Ehegatten nirgends zugestanden. Es wäre auch unrichtig zu sagen, die Parteien müssen den Vertrag gewollt haben, weil er nötig ist. Übrigens ist die Notwendigkeit eines ehelichen Güterrechtsverhältnisses de lege ferenda auch schon bestritten worden[5].

Die Theorie des stillschweigenden Vertrages erhält auch einen harten Stoss durch die Thatsache, dass Minderjährige sich verheiraten können. Darauf hat schon Argentræus aufmerksam gemacht. Wenn nun, wie in Frankreich, Eheverträge nur vor der Eheschliessung errichtet werden können, wie kann man von einem stillschweigenden Vertrag reden, wenn ein Teil bis zur Eheschliessung sich durch Verträge nicht verpflichten konnte? Man darf doch nicht noch eine stillschweigende Genehmigung des Vaters oder des Vormundes zu einem stillschweigenden Vertrag des Nupturienten fingieren!

Und wie kann man ferner von einem stillschweigenden Vertrage reden, wenn ein ausdrücklicher Vertrag z. B. wegen eines Formfehlers ungültig ist und nun entgegen diesem ausdrücklichen Vertrag das gesetzliche Güterrecht zur Geltung kommt? Diese Erwägung fällt allerdings in Frankreich für das internationale Privatrecht weniger in Betracht, da aus den Umständen der Wille der Parteien ermittelt wird, und zur Ermittlung dieses Willens dient natürlich ein Vertrag in vor-

---

[4] Journal XII 558.

[5] Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 1894, p. 17/18.

züglicher Weise, auch wenn er im internen Recht als ausdrücklicher Vertrag nicht gültig sein sollte (C. c. 1394). Da im internen französischen Recht ein notarieller Akt erfordert ist, so ist für dieses Rechtsgebiet die Theorie des stillschweigenden Vertrages nicht zu halten. Es ist aber eine Inkonsequenz, im internen Recht diesen Rechtsgrund für das gesetzliche eheliche Güterrecht nicht anzuerkennen, während er im internationalen Privatrecht als der allein mögliche hingestellt wird.

In einem Falle ist übrigens die Anwendung dieser Theorie geradezu unmöglich, nämlich wenn aus den Umständen hervorgeht, dass die beiden Ehegatten sich verschiedenen Güterrechtssystemen zu unterwerfen gedachten.

Häufig wird man in dieser juristischen Umgebung auch nicht von einem bestimmten Bewusstsein und Willen der Parteien sprechen können. Savigny[6] sagt, unter einem Vertrag, dem stillschweigenden wie dem ausdrücklichen, verstehe man eine übereinstimmende Willenserklärung, die nicht ohne bestimmtes Bewusstsein beider Teile denkbar sei. Bei der Eingehung der Ehe sei aber nicht stets ein bestimmtes Bewusstsein beider Teile (besonders der Frau) in Bezug auf das Güterrecht vorhanden, und deshalb sei die allgemeine Annahme eines stillschweigenden Vertrages unbegründet.

Vom praktischen Gesichtspunkte aus ist gegen diese Theorie einzuwenden, dass sie zu der grössten Rechtsunsicherheit führen muss. Schon dem Richter macht es oft Schwierigkeiten, die Absicht der Parteien zu ermitteln, wie viel mehr dem mit den Ehegatten kontrahierenden Dritten, der die zur Ermittlung jener Absicht nötigen Thatsachen weniger genau kennt. Und wenn er sie kennt, ist er immer noch nicht sicher, ob der Richter diese Thatsachen auch im gleichen Sinne würdigt wie er.

Von dieser Theorie nicht stark abweichend ist die Theorie des fingierten Vertrages[7], werden doch auch bei der Konstruktion des gesetzlichen ehelichen Güterrechtes als auf stillschweigenden Vertrag beruhend durch die erwähnten Präsumptionen Fiktionen aufgestellt.

---

[6] Savigny System VIII 331.

[7] Savigny, System VIII 331 Anm. m.

Eine zweite Theorie, wonach das Domizilrecht seine Geltung einer freiwilligen Unterwerfung verdankt, scheint sich mir, soweit sie sich auf das eheliche Güterrecht erstreckt, von der Vertragstheorie hauptsächlich durch die Fassung zu unterscheiden. Man kann jene im allgemeinen mit den gleichen Gründen widerlegen wie diese. Auch sind diese beiden Theorien oft mit einander verquickt worden[8].

Savigny, der diese Theorie im Gegensatz zur Vertragstheorie aufgestellt hat, will den Unterschied so konstruieren, dass er sagt, diese freiwillige Unterwerfung unter das Gesetz sei denkbar als blosser Nichtwiderspruch, also ohne bestimmtes Bewusstsein. Dies scheint mir aber schon der Ausdruck „freiwillig" begrifflich auszuschliessen. Savigny braucht zwar an dieser Stelle, wo er vom ehelichen Güterrecht spricht, konsequent den Ausdruck „freie Unterwerfung"; ich kann aber diesem Ausdruck keinen andern Sinn beilegen als dem Ausdruck „freiwillige Unterwerfung". Wenn man das achte Buch seines Systems aufmerksam liest, so kommt man unwillkürlich auf den Gedanken, Savigny sei bei seiner Begründung selbst nicht ganz befriedigt gewesen. Es fällt nämlich sofort auf, dass er bei der Behandlung des ehelichen Güterrechts den Ausdruck „freiwillig" sorgfältig vermeidet und konsequent von „freier Unterwerfung" spricht, während er in einem vorhergehenden Paragraphen, wo von der örtlichen Anwendbarkeit des Rechtes überhaupt gesprochen wird[9], beide Ausdrücke mehrere Male unmittelbar nacheinander vollständig gleichbedeutend gebraucht.

Heute sind denn auch die bisher behandelten Theorien allgemein (mit Ausnahme der in Frankreich geltenden Anschauung) verworfen.

Der wirkliche Grund für den Eintritt und die Geltung des gesetzlichen ehelichen Güterrechtes ist der Wille des Gesetzes. Das gesetzliche Güterrecht tritt ein kraft Rechtssatzes. Wenn kein Vertrag vorliegt, so will das Gesetz das Güterrecht der Ehegatten regeln. Oft bestimmt es genau, für was für einen Kreis von Personen es gelten und wann es vor Verträgen zurück-

---

[8] Vgl. Pellis, du régime matrimonial des époux mariés sans contrat, en droit international privé. Diss. Lausanne 1893, p. 90 ff.

[9] Savigny, System VIII 110/111.

treten will. Oft oktroyiert es aber den Ehegatten seinen Willen unbedingt, ohne Verträge zuzulassen[10]. In diesem Falle ist ein freier Wille der Parteien ganz ausgeschlossen, der zu einem Vertrage nötig wäre. Ebensowenig kann man in diesem Falle von freiwilliger Unterwerfung unter das Gesetz sprechen, wo es diese Unterwerfung bedingungslos erzwingt. Man könnte zwar sagen, der freie Wille der Parteien bestehe darin, ihren Wohnsitz (oder ihr Staatsbürgerrecht) frei zu wählen. Gerade aber bei Verträgen über das eheliche Güterrecht ist besonders leicht nachzuweisen, dass auch mit dieser Begründung nicht auszukommen ist; muss doch die Ehefrau von Gesetzes wegen den Wohnsitz ihres Ehemannes teilen, und selbst wenn sie das ausnahmsweise nicht thut, wird als ihr Wohnsitz der Wohnsitz des Ehemannes angenommen[11]. Bei einer Partei ist also der freie Wille mit Bezug auf die Wahl des Wohnsitzes nicht immer vorhanden. Ausserdem gibt es Fälle, wo auch der Ehemann in der Wahl des Wohnsitzes nicht frei ist, z. B. bei Militärpersonen, die vielleicht überdies ihren Dienst nicht von heute auf morgen quittieren können.

Stobbe[12], der sich gegen die Theorie des stillschweigenden Vertrages wendet, sagt:

„Die gesetzlichen Bestimmungen greifen infolge des Abschlusses der Ehe von selbst ein, falls nicht die Ehegatten von ihrem Rechte Gebrauch gemacht haben, durch Vertrag abweichende Bestimmungen einzuführen. — Wer eine Sache kauft, schliesst nicht einen stillschweigenden Vertrag dahin ab, dass er in allen Beziehungen, in denen er keine besondere Verabredung trifft, sich den gesetzlichen Bestimmungen unterwerfen wolle, sondern er muss sie für sich zur Anwendnng kommen lassen. — Ebenso bei der Ehe. Die Vermögensverhältnisse müssen bei ihrer Eingehung geregelt werden; machen die Ehegatten von ihrem Rechte zu vertragsmässigen Dispositionen keinen Gebrauch, so tritt das Gesetz ein, gleichviel ob sie seine Bestimmungen kennen oder nicht, sie für sich für wünschenswert halten oder nicht."

Diese Argumentation hat schon Argenträus gegenüber Molinäus betont, wenn er sagt: „Nec legales obligationes ab lege inductæ conventionem partium expectant

---

[10] So das schweiz. B.-G. vom 25. Juni 1891, Art. 19, 2.
[11] Vgl. schweiz. B.-G. vom 25. Juni 1891, Art. 4, 1.
[12] Stobbe, Deutsches Privatrecht, I 273, Note 12.

de eo quod lex constituit, sed ad factum hominis sæpe citra consensum (= ohne Zustimmung) per legem inducuntur[13a].

Dieser Rechtsgrund für die Geltung des gesetzlichen ehelichen Güterrechtes, der Wille des Gesetzes, wird heute allgemein als der richtige angesehen, ausgenommen in den Rechtsgebieten, wo die Praxis von der Theorie des stillschweigenden Vertrages beherrscht wird; aber auch dort muss er für das interne Recht anerkannt werden.

§ 5.

Zeitpunkt des Eintrittes.

Die Frage, wann die Ehe ihre gesetzlichen Wirkungen auf das Vermögen der Ehegatten auszuüben beginne, ist von den wenigsten Gesetzen ausdrücklich entschieden. In der Theorie müssen diejenigen, welche sich zu Gunsten des Gesetzes des ersten ehelichen Wohnsitzes und der Unwandelbarkeit entscheiden, konsequenterweise den Beginn dieser Wirkungen auf den Zeitpunkt der Begründung des ersten ehelichen Wohnsitzes festsetzen[1], und ebenso muss man annehmen, dass diejenigen Gesetze, welche für die ganze Dauer der Ehe das gesetzliche Güterrecht des ersten ehelichen Wohnsitzes massgebend sein lassen (sei es unbedingt, sei es bloss beim Mangel eines Vertrages), dieses in jenem Zeitpunkte eintreten lassen wollen[2]. Denn würde man z. B. die Zeit der Eheschliessung als massgebend betrachten, so müsste man unter Umständen (nämlich wenn die Ehegatten erst einige Zeit nach der Eheschliessung ein festes Domizil begründen und zwar in einem andern Rechtsgebiet, als wo der Ehemann zur Zeit der Eheschliessung wohnte) sowohl von dem Prinzip der Unwandelbarkeit als von dem Prinzip der lex primi domicilii matrimonialis eine Ausnahme machen. Und ich glaube, entgegen der Behauptung von Teich-

---

[13] Vgl. auch die weiteren Ausführungen des Argenträus, in der Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht V 464.

[1] So Teichmann l. c. p. 12 ff.

[2] Vgl. schweiz. B.-G. Art. 19, Abs. 1 und Art. 31, Abs. 2.

mann, dass dies ein für das Gebiet des internationalen Privatrechtes nicht so seltener Fall sein wird. Ich mache nur auf die Thatsache aufmerksam, dass häufig junge Kaufleute aus überseeischen Ländern in die Heimat zurückkehren, sich hier verheiraten, sich vielleicht noch ein Jahr lang in Europa aufhalten, aber ohne die zur Begründung eines Domizils nötige Absicht, dauernd hier zu bleiben, und dann nachher wieder an ihre überseeische Geschäftsniederlassung zurückkehren. — Gewöhnlich behelfen sich aber die Vertreter dieser Ansicht mit der Fiktion, dass das Güterrecht des ersten ehelichen Domizils zurückbezogen wird auf die Zeit zwischen der Eheschliessung und der Begründung jenes Domizils. Aber auch damit ist noch nicht das Ende alles Widerspruches erreicht; denn mit dieser Fiktion ist nicht auszukommen, wenn z. B. der Ehemann stirbt oder in Konkurs gerät vor Begründung eines Domizils. Da in diesem Fall überhaupt kein eheliches Domizil vorhanden ist, so wäre bei strenger Durchführung des Grundsatzes auch kein eheliches Güterrechtsverhältnis entstanden, ein Resultat, das mit der Rechtsordnung im Widerspruch stände, da alle Gesetze für jede Ehe ein eheliches Güterrecht festsetzen wollen. In diesem Falle ist man also genötigt, auf ein anderes Gesetz zu rekurrieren, z. B. auf das Gesetz des Domizils des Ehemannes zur Zeit der Eheschliessung, ein Gesetz, das vielleicht gar nie in Frage gekommen wäre, wenn die Ehegatten ein definitives Domizil aufgeschlagen hätten.

Diese Konsequenzen machen die Richtigkeit des Grundsatzes (Eintritt des gesetzlichen ehelichen Güterrechtes bei Begründung des ersten ehelichen Domizils) ausserordentlich zweifelhaft. Aber abgesehen davon scheint er mir auch mit dem Wesen und dem Zwecke des ehelichen Güterrechtes nicht vereinbar zu sein.

Die juristisch richtige Entscheidung dürfte meiner Ansicht nach die sein, den Einfluss der Ehe auf das Vermögen der Ehegatten beginnen zu lassen mit dem Abschluss der Ehe (also in den meisten europäischen Ländern mit der Eheschliessung vor der bürgerlichen Behörde). Da das gesetzliche Güterrecht in den Wirkungen besteht, welche die Ehe auf das Vermögen der Ehegatten ausübt, so ist nicht einzusehen, was ausser dem Bestehen der Ehe noch nötig sein sollte, um ein gesetz-

liches Güterrecht wirksam werden zu lassen. Auch bei dieser Frage rechtfertigt es sich nicht, im internen Recht anders zu entscheiden als im internationalen Privatrecht.

Mit der Eheschliessung müssen die Vermögen der beiden Ehegatten notwendig in ein bestimmtes Verhältnis zu einander treten. Nun haben es aber alle Gesetzgeber für unzureichend gehalten, die Ehegatten über die Bestreitung der ehelichen Lasten von Fall zu Fall entscheiden zu lassen, und als der sittlichen Natur der Ehe zuwiderlaufend, diese Verhältnisse z. B. in der Form einer Handelsgesellschaft zu regeln[3]. Deshalb haben sie bestimmt, dass für jede Ehe und für die ganze Dauer der der Ehe unter den Ehegatten ein Vermögensverhältnis besonderer Art, ein sogenanntes eheliches Güterrechtsverhältnis bestehen muss. Damit ist auch gesagt, dass dieses Verhältnis entstehen soll mit dem Beginn der Ehe. Da die Ehegatten in der Regel vom Momente der Eheschliessung an miteinander leben, auch wenn sie nicht sofort ein festes Domizil begründen, so haben sie gemeinsame Bedürfnisse und Auslagen, und es ist nun eben der eine Hauptzweck der Aufstellung eines bestimmten Güterrechtsverhältnisses, festzusetzen, wie die beiden Vermögen an der Tragung der ehelichen Lasten partizipieren. Damit aber dieser Zweck erreicht wird, muss sofort mit dem Abschluss der Ehe ein bestimmtes eheliches Güterrechtsverhältnis in Kraft treten, da solche Lasten gewöhnlich sofort nach der Eheschliessung entstehen. Es scheint mir auch, dass man jedem Gesetze, das nicht ausdrücklich abweichende Bestimmungen enthält, Gewalt anthun muss, um eine andere Lösung aus ihm zu deduzieren.

Die Regelung der Vermögensverhältnisse der Ehegatten geschieht aber nicht bloss in ihrem, sondern auch im Interesse der mit ihnen in Verkehr tretenden Dritten; denn je nach der juristischen Natur des Verhältnisses, in dem die beiden Vermögen zu einander stehen, richten sich die Ansprüche, welche Dritte daran geltend machen können. (Wenigstens ist dies das natürliche Verhältnis, das zwar von einigen Gesetzgebungen

---

[3] Ausdrücklich ausgesprochen vom obersten Gerichtshof von Süd-Karolina in einem Urteil vom 29. November 1887 (Journal XVII 371), ebenso in Urteilen englischer und französischer Gerichte.

nicht respektiert worden ist. Vgl. § 8 II.) Da nun sofort nach der Eheschliessung notwendig auch der Verkehr der Ehegatten mit Dritten beginnt und vermögensrechtliche Beziehungen zwischen ihnen und Dritten entstehen, deren Tragweite von Anfang an geregelt sein muss (man denke sich nur den Fall eines Konkurses vor Begründung eines ehelichen Domizils), so kann man dem Gesetz keine andere Absicht beilegen als die, dass seine Wirkungen auch in dieser Beziehung sofort mit dem Abschluss der Ehe beginnen sollen.

§ 6.

Anwendung des Personalstatutes und zwar speziell des modifizierten Nationalitätsprinzipes auf das eheliche Güterrecht.

Nachdem festgestellt ist, welches der Rechtsgrund der Wirkung des ehelichen Güterrechtes sei, und von welchem Zeitpunkt an es in Wirksamkeit trete, bleibt noch die Frage zu entscheiden, welches objektive Recht denn seinen Einfluss auf die Vermögensverhältnisse der Ehegatten ausübe.

Wo man die Notwendigkeit anerkennt, dass gewisse Rechtskomplexe nach dem Personalstatut geregelt werden sollen, ist man im allgemeinen darüber einig, dass auch das eheliche Güterrecht nach dem Personalstatut der Ehegatten (ev. des Ehemannes) geregelt werden soll. Eine Ausnahme davon macht besonders die Theorie des stillschweigenden Vertrages, welche die Geltung der lex domicilii oder der lex patriæ nicht deshalb anerkennt, weil diese oder jene das Personalstatut der Ehegatten ist. Französische Schriftsteller behaupten sogar, das Personalstatut könne gar nicht in Frage kommen. Ricaud[1] sagt z. B.:

„Toute loi que les parties peuvent écarter n'est pas du statut personnel."

Abgesehen davon, dass die Theorie des stillschweigenden Vertrages aus den schon angeführten Gründen nicht anerkannt

[1] Ricaud, des régimes matrimoniaux au point de vue du droit international privé (Thèse Paris 1886), p. 70.

werden kann, ist diese Behauptung meines Erachtens total unrichtig; denn die Frage, ob eine bestimmte Partie des Rechtes wie z. B. das eheliche Güterrecht durch das Personalstatut geregelt werden soll oder nicht, ist durchaus nicht identisch mit der Frage, ob es sich um dispositives Recht handle oder nicht. Die Unterstellung eines gewissen Rechtskomplexes unter das Personalstatut entspringt vielmehr der Überlegung, dass die betreffenden Rechtsverhältnisse dauernd geregelt sein müssen.

In der Gesetzgebung und Praxis wird denn auch die Frage, ob für das eheliche Güterrecht die lex domicilii oder die lex patriæ zur Anwendung komme, in der Regel ebenso beantwortet wie für die Handlungsfähigkeit; also hier wie dort lex domicilii oder hier wie dort lex patriæ. So z. B. im gemeinen Recht, im badischen Recht, im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, in den belgischen Entwürfen, im italienischen, spanischen Recht und andern mehr.

Weder das Nationalitätsprinzip, noch das Domizilprinzip wird von der französischen Praxis auf das eheliche Güterrecht angewendet. Sie geht vielmehr von der Theorie des stillschweigenden Vertrages aus. Besonders deutlich ist dies ausgesprochen in einem Urteil der Cour d'appel de Paris vom 12. Juli 1889:

„Pour déterminer la loi d'après laquelle les intérêts civils des époux sont régis, quand un étranger se marie en France avec une Française, il faut s'attacher à rechercher l'intention probable des deux époux; les théories d'après lesquelles le régime matrimonial doit, en l'absence de contrat de mariage, être régi par la loi du domicile matrimonial ou par la loi nationale du mari, n'ont de valeur qu'autant qu'elles s'appuient sur les circonstances de fait qui les corroborent[2]."

Aber auch in Frankreich werden Stimmen laut, welche sich für die Anwendung des Nationalitätsprinzipes auf das eheliche Güterrecht aussprechen. Dies ist z. B. die Ansicht des Herausgebers des Journal de droit international privé[3].

Eine Ausnahme von dem für die Handlungsfähigkeit adoptierten Prinzip macht das bürgerliche Gesetzbuch von Sachsen, welches im allgemeinen dem Nationalitätsprinzip huldigt, für das eheliche Güterrecht aber das Domizilrecht massgebend sein

---

[2] Journal XVI 849.

[3] Anmerkung zu einem Urteil des Tribunal civil de Bordeaux vom 2. Juni 1875 (Journal III 182/83). Ebenso Pellis l. c. p. 126 ff.

lässt. (Übrigens sind bei Anwendung des Domizilprinzipes wieder verschiedene Lösungen möglich.) Das Nationalitätsprinzip für das eheliche Güterrecht ist auch von einer ganzen Anzahl Militärkonventionen zwischen deutschen Staaten angenommen worden[4].

Auch in der Schweiz ist wie in Sachsen für die Handlungsfähigkeit das Nationalitäts-, dagegen für das eheliche Güterrecht im allgemeinen das Domizilprinzip angenommen (allerdings in zwei verschiedenen Gesetzen). Im interkantonalen Privatrecht ist für das eheliche Güterrecht das Recht des ersten ehelichen Wohnsitzes massgebend. (Art. 19—21 des B.-G. vom 25. Juni 1891.) Für das internationale Privatrecht ist die Frage nicht einheitlich und konsequent geregelt. Für das Güterrecht von Schweizern im Auslande ist massgebend Art. 31. Der Abs. 1 dieses Artikels adoptiert für Ehegatten, die ihren ersten ehelichen Wohnsitz im Auslande haben, das Heimatprinzip. Allerdings wird dann das ausländische Recht als massgebend anerkannt, wenn es sich selbst als massgebend bezeichnet, oder, wie die Cour de justice civil de Genève in einem Urteil vom 26. Mai 1894 sagt, auch wenn die Gerichtspraxis des Auslandes das dortige Recht, die lex domicilii, als massgebend betrachtet:

„Le régime matrimonial du canton d'origine ne s'applique de plein droit aux époux suisses mariés à l'étranger que si le régime matrimonial du pays de leur domicile ne leur est pas appliqué, aux termes de la loi ou de la jurisprudence de ce pays[5].

Kehren diese Eheleute, die im Ausland ihren ersten ehelichen Wohnsitz hatten, in die Schweiz zurück, so setzen sie gemäss Abs. 3 dieses Artikels unter einander das Rechtsverhältnis fort, das im Ausland für sie Geltung hatte, also vielleicht das Güterrecht ihres Heimatkantons. Ich sehe nun keinen Grund ein, weshalb man von dem im allgemeinen anerkannten Domizilprinzip, das auch auf Ausländer in der Schweiz für ihre Güterrechtsverhältnisse gegenüber Dritten Anwendung findet, für die Schweizer im Ausland eine Ausnahme statuierte. Für das inländische Rechtsgebiet hielt man das Heimatprinzip für

---

[4] Niemeyer, Positives Internat. Pr.-R. I, 70—73, führt sieben solche Konventionen an.

[5] Journal XXIII 196.

schädlich, verkehrsstörend, soweit das Ausland in Frage kommt, machte man eine vollständige Wendung[6]. Diese Inkonsequenz hätte ganz leicht vermieden werden können, wenn man dem Art. 31, Abs. 1 folgende Fassung gegeben hätte: Haben schweizerische Ehegatten ihren ersten ehelichen Wohnsitz im Ausland, so ist für ihre güterrechtlichen Verhältnisse das Recht ihres ersten ehelichen Wohnsitzes massgebend, wenn dieses nicht das Heimatsrecht als massgebend bezeichnet. Diesen Sinn hat auch der entsprechende Artikel des nationalrätlichen Entwurfes[7]. Die praktische Wirkung dieses Unterschiedes zeigt sich z. B. dann, wenn die Ehegatten in einem Lande wohnen, dessen Gesetz die Bestimmung enthält: Die Familienverhältnisse (incl. eheliches Güterrecht) von Ausländern, die im Inlande wohnen, werden insofern nach dem Rechte ihrer Heimat beurteilt, als das Recht des Staates, dem sie angehören, solches vorschreibt[8]. Als Vorschrift des Gesetzes würde in diesem Fall natürlich das angesehen, was prinzipiell, und nicht, wass bloss eventuell vorgeschrieben ist.

Das eheliche Güterrecht von Ausländern in der Schweiz wird, was das Verhältnis zu Dritten betrifft, von dem Rechte des jeweiligen Wohnsitzes beherrscht. Art. 32 sagt zwar nur: „Die Vorschriften dieses Gesetzes finden auf Ausländer, welche in der Schweiz wohnen, entsprechende Anwendung.“ Welche Vorschriften dieses Gesetzes? Speziell für das eheliche Güterrecht Art. 31 oder Art. 19—21? Jedenfalls ist nicht Art. 31 Abs. 1 u. 2 gemeint; denn die klare Absicht des Gesetzgebers spricht dafür, dass für alle in der Schweiz wohnenden Ehegatten, auch für Ausländer, Dritten gegenüber das Güterrecht des jeweiligen ehelichen Wohnsitzes gelten soll. Und dieser Erfolg würde durch analoge Anwendung von Art. 31 Abs. 1 u. 2 auf ausländische Ehegatten, die in der Schweiz wohnen, nicht erreicht, da diese beiden Gesetzesbestimmungen zwischen dem Güterverhältnis der Ehegatten unter einander und gegenüber Dritten keinen Unterschied machen und Abs. 1

---

[6] Vgl. Österreichisches Civilgesetzbuch I §§ 4 und 34.

[7] Bundesblatt 1888 III 625.

[8] Eine solche Bestimmung enthält z. B. das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch § 3, 2.

das Heimatprinzip aufstellt. Also finden auf Ausländer, die in der Schweiz ihr erstes eheliches Domizil haben, Art. 19—21 entsprechende Anwendung. Nicht aber auf Ausländer, die ihr erstes eheliches Domizil im Auslande hatten und erst später in die Schweiz gezogen sind. Auf diese findet Art. 31 Abs. 3 entsprechende Anwendung. Dies geht aus der zu allgemein gefassten Bestimmung des Art. 32 allerdings nicht deutlich hervor, aber es ergibt sich aus dem Sinn und Geist des Gesetzes. Für das Güterrecht der Ehegatten unter einander soll Unwandelbarkeit gelten. Wenn nun das Güterrecht der Ehegatten im Ausland, z. B. in Italien, wo sie seit der Eheschliessung wohnten, nach dem Rechte ihres Heimatstaates, z. B. des Grossherzogtums Baden, beurteilt wurde, so soll, wenn sie in die Schweiz ziehen, für ihr Verhältnis unter einander nicht plötzlich das Güterrecht ihres ersten ehelichen Wohnsitzes in Kraft treten, wie Art. 19 Abs. 1 bestimmt. Dies hätte ja gar keinen Sinn und für den Gesetzgeber absolut kein Interesse. Vielmehr setzen sie unter einander dasjenige Güterrechtsverhältnis fort, das im Ausland für sie Geltung hatte, gemäss analoger Anwendung des Art. 31 Abs. 3. Aus dieser Bestimmung des Gesetzes (31, 3) geht ja gerade hervor, dass der Gesetzgeber das Prinzip der Unwandelbarkeit für das innere Verhältnis für wichtiger hält als das Domizilprinzip.

Mit andern Worten: Für Ausländer, die in der Schweiz ihr erstes eheliches Domizil begründen, gilt Domizilprinzip, für Ausländer in der Schweiz, die im Auslande ihr erstes eheliches Domizil hatten, Domizilprinzip oder Nationalitätsprinzip, je nachdem ihr Güterrecht vor ihrem Einzug in die Schweiz der lex domicilii oder der lex patriæ unterworfen war. Jedoch ist Dritten gegenüber für die Güterrechtsverhältnisse der in der Schweiz domizilierten Ehegatten immer das Recht ihres jeweiligen Wohnsitzes massgebend.

Eine andere Meinung vertritt ein Urteil der Rekurskammer des zürcherischen Obergerichtes vom 9. Januar 1893[9], welches sagt, Art. 32 beziehe sich offenbar nicht auf Art. 28—31, sondern auf Art. 1—27; und in anderem Zusammenhang, das Bundesgesetz unterwerfe alle in der Schweiz

[9] Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen XII 220.

domizilierten Ehen bedingungslos dem Recht des ersten ehelichen Wohnsitzes. Diese letztere Behauptung kann aus dem Gesetz direkt widerlegt werden. Art. 31 Abs. 1 lässt für schweizerische Ehegatten, die ihren ersten ehelichen Wohnsitz im Ausland haben, prinzipiell das Heimatrecht gelten, und Abs. 3 dieses Artikels sagt, dass schweizerische Eheleute, die aus dem Auslande in die Schweiz zurückkehren, dasjenige Rechtsverhältnis unter einander fortsetzen, das im Auslande für sie Geltung hatte. Also ist unter Umständen das Heimatrecht, unter Umständen auch das Recht eines späteren (nicht des ersten) ehelichen Domizils massgebend. Die Unwandelbarkeit geht dem Prinzip des ersten ehelichen Domizils vor.

Vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1891 machte in der Praxis auch der Kanton Genf dieselbe Ausnahme von dem für die Handlungsfähigkeit adoptierten Prinzip, wie das bürgerliche Gesetzbuch von Sachsen. Art. 2 des Code civil von Genf lautet wörtlich wie Art. 3 des Code civil français. Dennoch entschied sich die Praxis mit Bezug auf das eheliche Güterrecht für das Domizilprinzip, und zwar nicht auf Grund eines stillschweigenden Vertrages. Ein Urteil des Tribunal de Genève vom 11. Februar 1888 lässt massgebend sein „la loi du lieu où l'époux avait l'intention de fixer son domicile au moment du mariage, et où il l'a, en réalité, fixé“ [10]. Dass hier kein stillschweigender Vertrag angenommen ist, geht schon daraus hervor, dass nur auf die Absicht des Ehemannes abgestellt wird, während zu einem stillschweigenden Vertrage doch zum mindesten die Absicht beider Ehegatten gehörte. Ausserdem widerspricht der Theorie des stillschweigenden Vertrages der Zusatz: et où il l'a, en réalité, fixé. Übrigens scheint mir bei Annahme des Domizilprinzipes diese Lösung die denkbar schlechteste zu sein, wenigstens als allgemeine Lösung. Denn es ist möglich, dass die Ehegatten entgegen ihrer ausgesprochenen Absicht, während sie sich vielleicht noch auf der Hochzeitsreise befinden, aus Gesundheitsrücksichten, politischen Gründen u. s. w., gezwungen sind, anderswo ihr Domizil zu nehmen. Wenn nun zur Begründung eines ehelichen Güter-

[10] Journal XVII 517. Vgl. auch Tribunal de Genève, 9. Mai 1884 (Journal XIII 249).

rechtes nach einem bestimmten örtlichen Recht sowohl die Absicht, im Herrschaftsgebiete dieses Rechtes Domizil zu nehmen, als auch die Realisierung dieser Absicht gehört, so wäre in dem vorausgesetzten Falle gar kein Güterrechtsverhältnis entstanden. Um dieses Resultat zu vermeiden, müsste man eines der beiden Erfordernisse fallen lassen und entweder die Absicht der Parteien (den stillschweigenden Vertrag) oder die Absicht des Ehemannes oder den thatsächlichen Wohnsitz als massgebend betrachten.

Das letztere ist die gemeinrechtliche Theorie. Es ist aber streitig, ob der Wohnsitz des Ehemannes zur Zeit der Eheschliessung oder der erste eheliche Wohnsitz massgebend sein soll. Auch die Rechtsprechung scheint schwankend zu sein. Das Reichsgericht bezieht sich in einer Entscheidung vom 7. März 1882 auf „das Gesetz des Ortes, an welchem der Ehemann zur Zeit der Verheiratung sein Domizil hat", und in einer Entscheidung vom 18. April desselben Jahres auf „das Gesetz des ersten ehelichen Wohnsitzes" [11]. Wenn man sich überhaupt für das Domizilrecht entscheidet, so scheint mir die erstere Lösung die richtigste zu sein; denn sie gibt am wenigsten zu Zweifeln Anlass. Wo das erste eheliche Domizil gewesen ist, kann viel leichter zweifelhaft sein, und ausserdem hat diese zweite Lösung den schon oben gerügten Nachteil, dass es häufig einige Zeit nach der Eheschliessung unentschieden bleibt, welchem Güterrecht die Ehegatten unterworfen sind. — Jene erstere Lösung hat z. B. das bürgerliche Gesetzbuch von Sachsen adoptiert:

„Die ehelichen Vermögensrechte werden nach den Gesetzen beurteilt, welche zur Zeit der Eingehung der Ehe an dem Wohnsitze des Ehemannes gelten."

Das sächsische Gesetzbuch ist nun eines von denjenigen, welche für die Handlungsfähigkeit, die Eheschliessung, die väterliche Gewalt u. s. w. das Nationalitätsprinzip anerkennen, für das eheliche Güterrecht aber Domizilprinzip festsetzen. Meines Erachtens liegen aber keine genügenden Gründe vor, für das eheliche Güterrecht eine Ausnahme von dem im allgemeinen angenommenen Nationalitätsprinzip zu statuieren. Wie

[11] R.-G. VI 393 u. 223.

schon in den einleitenden Bemerkungen ausgeführt, ist der Grund, weshalb man gewisse Rechtskomplexe dem Personalstatut unterstellt, das Bedürfnis, dass die betreffenden Rechtsverhältnisse dauernd geregelt und nicht ganz zufälligen Wandelungen unterworfen seien. Dieser Gesichtspunkt trifft gerade für das eheliche Güterrecht im höchsten Grade zu, und zur Erreichung dieses Zweckes ist die Anlehnung an die Nationalität zutreffender.

Die Anwendung des Nationalitätsprinzipes auf das eheliche Güterrecht rechtfertigt sich aber noch aus andern Gründen mindestens ebenso gut, wie dessen Anwendung auf die Handlungsfähigkeit, das Erbrecht u. s. w. Denn die Gesetzesbestimmungen über das eheliche Güterrecht sind so gut wie diejenigen jener andern Gebiete aus den sittlichen und volkswirtschaftlichen Anschauungen einer Nation herausgewachsen.

Die Anwendung der lex patriæ[12] auf das eheliche Güterrecht hat den weitern Vorteil, dass der Braut die Nationalität ihres zukünftigen Ehemannes bekannt ist, dass sie sich also, wenn sie überhaupt an die vermögensrechtlichen Folgen der Ehe denkt, ganz genau Rechenschaft geben kann, welches Güterrechtssystem für ihre Ehe gelten werde. Wird dagegen das eheliche Güterrecht durch das Getetz des ersten ehelichen Domizils bestimmt[13], so ist die Braut oft unsicher, welches ihr zukünftiges eheliches Güterrecht sein werde, liegt doch die Wahl des Domizils ganz in der Gewalt des Ehemannes, und ist sie doch, ausser von dem Willen des Ehemannes, oft von nicht vorherzusehenden Umständen abhängig. Fast ebenso gross ist die Unsicherheit, wenigstens bis zur Eheschliessung, wenn man das Domizil, welches der Ehemann zur Zeit der Eheschliessung hatte, massgebend sein lässt[14]. Die Frau könnte sich zwar

---

[12] Wenn man in diesem Zusammenhange kurz von der lex patriæ spricht, so ist damit natürlich die lex patriæ des Ehemannes gemeint. Dass nicht die lex patriæ der Ehefrau oder gar beider Ehegatten massgebend sein kann, ist wohl unbestritten, hat doch der Ehemann von Rechtes wegen das Übergewicht in der Ehe. Übrigens tritt ja ein eheliches Güterrecht erst mit dem Abschluss der Ehe in Geltung, und in diesem Zeitpunkt erwirbt die Ehefrau nach den meisten europäischen Gesetzgebungen die Nationalität des Ehemannes.

[13] Gemeinrechtliche Theorie. System des schweiz. Bundesgesetzes.

[14] So z. B. das bürgerliche G. B. von Sachsen § 14.

helfen durch vertragliche Festsetzung des ehelichen Güterrechtes. Solche Verträge werden aber nicht überall und nicht regelmässig geschlossen, teils aus Zartgefühl, teils weil sie in vielen Gegenden durchaus nicht Sitte sind oder als ein Misstrauensvotum gegen den zukünftigen Ehemann betrachtet werden, nicht zu reden von der Frage, ob sie überhaupt juristisch zulässig wären.

Ein weiterer Vorteil, den die Bestimmung des ehelichen Güterrechtes durch die lex patriæ vor der Bestimmung durch die lex primi domicilii matrimonialis voraus hat, besteht darin, dass keine Schwierigkeiten entstehen, wenn man das gesetzliche Güterrecht mit dem Momente der Eheschliessung (was theoretisch und praktisch das einzig Richtige ist) eintreten lassen will. Wollte man dies bei Geltung des Rechtes des ersten ehelichen Domizils, so müsste man das System durchbrechen, indem man ad interim das Gesetz des Domizils gelten liesse, das der Ehemann zur Zeit der Eingehung der Ehe besass. Ein zweiter Vorteil dieses Systems ist der: Gehen bis zur Begründung des ersten ehelichen Domizils grosse Veränderungen mit dem Vermögen der Ehegatten vor sich, so wäre es ungerecht (gegenüber dem einen oder dem andern Ehegatten), nun mit einem Male ohne vorherige Abrechnung ein anderes Güterrecht eintreten zu lassen. Eine solche Abrechnung wird aber wohl meistens nicht getroffen, da sie immer eine Menge von Unannehmlichkeiten und Schwierigkeiten mit sich brächte und häufig auch nicht einmal zu einem gerechten Resultat führen würde (vgl. unten § 8).

Zu Gunsten der Anwendung des Nationalitätsprinzipes auf das eheliche Güterrecht spricht speziell für die Schweiz noch die allgemeine Forderung, dass der Gesetzgeber zur Verminderung der Zahl der Kollisionsfälle beitragen könne und solle. Dies wird dadurch erreicht, dass er sich der Mehrheit der ausländischen Gesetzgebungen anschliesst. Von unsern Nachbarstaaten, die hier hauptsächlich in Frage kommen, hat sich Italien ausdrücklich für die Anwendung der lex patriæ des Ehemannes ausgesprochen, und in Deutschland wird mit dem bürgerlichen Gesetzbuch eine ähnliche Bestimmung in Kraft treten. Auch in Frankreich macht sich eine Tendenz bemerkbar, welche die Theorie des stillschweigenden Vertrages durch die Anwendung der lex patriæ ersetzen will.

Es wird nun freilich dem Nationalitätsprinzip, speziell auch in seiner Anwendung auf das eheliche Güterrecht, vorgeworfen, dass es die Verkehrssicherheit in hohem Masse beeinträchtige, da Dritte, welche mit den Ehegatten kontrahieren, nicht wissen können, nach welchem Güterrechtssystem deren Vermögensrechte geregelt sind. Derselbe Vorwurf trifft aber auch das System des ersten ehelichen Wohnsitzes, und zwar in erhöhtem Masse, da man es von den Ehegatten viel weniger wissen kann und es oft auch viel schwieriger festzustellen sein wird, wo diese ihr erstes eheliches Domizil gehabt haben, als welche Nationalität sie haben.

Diesem Übelstand kann man nun durch verschiedene Mittel steuern. Eines dieser Mittel ist die Errichtung öffentlicher Bücher, in denen von Amtes wegen das Güterrechtsverhältnis von solchen Ehegatten zu notifizieren wäre, für die nicht das gesetzliche Güterrecht des Wohnortes gilt. Diesen Vorschlag machte (allerdings vom Standpunkt des Domizilprinzipes aus und mit Rücksicht auf die Unwandelbarkeit) ein Entwurf des Bundesrates für ein Bundesgesetz betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, welcher mit einer Botschaft vom 28. Mai 1887 den eidgenössischen Räten eingereicht wurde [15]. Die Art. 15 Abs. 1 und 2 und Art. 16 Abs. 1 dieses Entwurfes lauten:

Art. 15. Die ehelichen Güterrechtsverhältnisse unterliegen der Gesetzgebung des Wohnsitzes der Ehegatten.

Es steht jedoch bei Verlegung des Wohnsitzes in einen andern Kanton jedem Teile innerhalb dreier Monate das Recht zu, auf eine Befragung, welche von Amtes wegen durch die Behörde des neuen Wohnortes zu erfolgen hat, das durch rechtsgültigen Ehevertrag oder die Gesetzgebung des ersten ehelichen Domizils begründete Gütersystem aufrecht zu erhalten.

Art. 16. Die nach Art. 15 Abs. 2 erfolgende Erklärung ist amtlich einzuschreiben und öffentlich bekannt zu machen. Infolgedessen hat sie sowohl unter den Ehegatten selbst als gegenüber Drittpersonen rechtliche Wirksamkeit.

Ich glaube nun, dieses System der Eintragung und öffentlichen Bekanntmachung liesse sich sehr gut auch bei Zugrundelegung des Nationalitätsprinzipes verwerten. Dieses würde dann nicht nur keine Verkehrsunsicherheit, sondern nicht einmal eine

---

[15] Bundesblatt 1887 III 113—135.

Verkehrserschwerung oder Belästigung herbeiführen; denn bei grösseren Rechtsgeschäften werden doch meistens Erkundigungen eingezogen über die Vermögensverhältnisse (und zugleich über die ehelichen Güterrechtsverhältnisse) der Mitkontrahenten. Es findet sich z. B. auf den Fragebogen der Informationsbüreaux gewöhnlich die Rubrik: Vermögen des Mannes? der Frau?

Es gibt aber noch ein anderes Mittel, durch das die gefürchtete Verkehrsunsicherheit paralysiert werden kann, nämlich eine analoge Anwendung des in § 3 citierten Beschlusses des Instituts auf das eheliche Güterrecht, mit einigen Modifikationen allerdings, vielleicht in folgender Weise: Wenn das gesetzliche Güterrecht, das gilt am Wohnsitz der Ehegatten, dem Dritten, der mit ihnen kontrahiert, günstiger ist als das Güterrechtssystem, dem die Ehegatten kraft der lex patriæ (oder kraft Vertrages § 12) unterworfen sind, so soll dem Dritten gegenüber das am Wohnsitz der Ehegatten geltende gesetzliche Güterrecht zur Anwendung kommen, wenn er durch die Ehegatten veranlasst worden ist, zu glauben, es bestehe unter ihnen das an ihrem Wohnsitz geltende gesetzliche Güterrecht, oder wenn er sich in dieser Weise entschuldbar geirrt hat und die Ehegatten, obschon sie um diesen Irrtum gewusst haben oder hätten wissen müssen, ihn geflissentlich nicht darauf aufmerksam gemacht haben. — Dieses Recht sollte man den Dritten auch dann noch einräumen, wenn die Ehegatten seit dem Kontraktabschluss ihr Domizil gewechselt haben, d. h. er soll sich auch dann noch auf das Recht desjenigen Domizils berufen können, das die Ehegatten zur Zeit des Kontraktabschlusses hatten.

Eine derartige Bestimmung kann man ganz unbedenklich aufstellen, wenn beide Ehegatten an dem Entstehen oder Fortbestehen jenes Irrtums schuld sind, oder wenn der eine Ehegatte den durch den andern erregten Irrtum wissentlich hat fortbestehen lassen. Aber wie verhält es sich, wenn bloss der eine Ehegatte an der Täuschung schuld ist und der andere gar nichts davon gewusst hat, ihm aber durch die Anwendung obiger Regel Vermögensnachteile entstehen? Ich halte es für richtig, dass die betrügliche Handlungsweise des einen dem andern schuldlosen Ehegatten nichts schaden soll. Ist z. B. die Ehefrau schuldlos, so soll bei Gütertrennung ihr Vermögen durch die Manipulationen

des Ehemannes nicht gefährdet sein. Ist dieser schuldlos, so soll durch den Betrug der Ehefrau (z. B. Handelsfrau) sein Vermögen nicht verpflichtet werden, wenn die Ehegatten in Wirklichkeit nicht in Gütergemeinschaft leben. Ebenso soll ihm sein Niessbrauchsrecht nicht benommen werden können, wenn die dispositionsunfähige Ehefrau infolge vorgeblicher Gütertrennung über ihr Vermögen frei verfügen zu können behauptet hat. Anders verhält es sich aber, wenn die Ehegatten in Gütertrennung (i. e. S.) lebten und die Ehefrau zur Erhöhung des Kredites ihres Mannes bei einem Dritten, der mit dem Ehemann kontrahieren will, den Irrtum erweckt hat, es gelte unter ihnen Gütergemeinschaft. In diesem Fall sollen die Paraphernalien der Ehefrau für die Schuld des Ehemannes haften, welche dieser mit dem getäuschten Dritten kontrahiert hat, auch wenn der Ehemann von der Täuschung und dem Irrtum des Dritten nichts gewusst hat; denn dadurch entsteht dem Ehemann kein Vermögensnachteil, da ja die Ehefrau auch selbständig über ihr Vermögen hätte verfügen können.

Meines Erachtens ist der Verkehr hinlänglich gesichert, wenn man unter den genannten Voraussetzungen das Güterrecht des Domizils der Ehegatten zur Anwendung kommen lässt und nicht, wie bei der Handlangsfähigkeit, eventuell auf die lex loci actus zurückgreift. Der Dritte, der dem Ehemann in Hinsicht auf die Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten kreditiert, wird, wenn er diese Überlegung macht, auch die andere machen, dass ihr Güterrecht nicht von dem zufälligen Orte ihres Aufenthaltes abhängig ist.

Natürlich soll dieses Prinzip nicht umgekehrt werden: Die Ehegatten sollen sich nicht auf ein ihnen günstigeres Güterrechtssystem berufen können, wenn der Dritte z. B. geglaubt hat, sie leben in Gütertrennung, gleichgültig ob sie ihn dazu veranlasst haben oder nicht. Damit käme man zu einer professio juris in einer Ausdehnung, wie sie selbst im Mittelalter nie anerkannt war.

§ 7.

Anwendung der lex rei sitæ auf das eheliche Güterrecht.

Ziemlich allgemein wird die Nicht-Anwendbarkeit der lex rei sitæ auf das eheliche Güterrecht anerkannt, soweit es sich

um Mobilien handelt. Für diese gilt der mittelalterliche Satz: mobilia personam sequuntur. Dagegen wurde im ehelichen Güterrecht (und im Erbrecht) für Immobilien vielfach die lex rei sitæ als massgebend betrachtet. Häufig wurde zwar dieser Satz nur ausgesprochen mit Rücksicht auf das Erbrecht.

In der Gesetzgebung ist die Anwendung der lex rei sitæ auf die Immobilien vor allem vertreten durch den Code civil von Frankreich, Art. 3 Abs. 2:

„Les immeubles, mêmes ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française."

Huc[1] sagt, dieser Satz sei hauptsächlich mit Rücksicht auf das Erbrecht aufgestellt worden und habe folgenden Sinn: Les immeubles situés en France et possédés par des étrangers sont soumis à la loi française pour leur transmission par succession. Mit andern Worten: Das französische Recht nimmt im internationalen Privatrecht keine Einheit des Vermögens an, es huldigt vielmehr dem Grundsatz: tot hereditates quot territoria[2], obschon es sonst, wenn ein Franzose sein ganzes Vermögen in Frankreich hat, dieses sehr wohl als Einheit betrachtet und in diesem Falle auch eine Universalsuccession kennt. In diesem Sinne interpretiert auch die französische Judikatur den Art. 3, 2 des Code civil[3]. Das französische Recht macht der lex rei sitæ sogar noch weitere Konzessionen in einem Gesetz vom 14. Juli 1819.

Die Anwendung der lex rei sitæ auf Immobilien ist Rechtens in den meisten Ländern, die den Code civil adoptiert haben[4], in England und Nordamerika[5], in Preussen, Landrecht I § 32, Bayern, Cod. Max. Bav. Th. 3 cap. 12 § 1, Österreich, Civilgesetzbuch III § 300, Liv-, Est- und Curland, Gesetzbuch Art. XXXIV, in Rumänien[6] und Schweden[7].

Huc sagt nun, in Frankreich müsse dieser Grundsatz auch auf das eheliche Güterrecht angewendet werden[8]. In der Regel

---

[1] Huc, commentaire I No. 122.
[2] Vgl. Journal VII 292 f.
[3] Cour de cass. (2. April 1884), Journal XII 77 ff.
[4] Nicht im Grossherzogtum Baden.
[5] Vgl. J. Westlake im Journal VIII 315.
[6] Journal XIV 434.
[7] Vgl. Catellani, il diritto internazionale privato, p. 224.
[8] Huc, commentaire I No. 125.

wird es richtig sein, dass dieselbe Lösung wie für das Erbrecht auch für das eheliche Güterrecht anzuerkennen ist. In Frankreich wird aber durch die Theorie des stillschweigenden Vertrages eine Ausnahme von der Regel geschaffen. Für die Ansicht von Huc hat sich zwar auch die Cour de cassation in einem Urteil vom 4. April 1881 ausgesprochen und zwar besonders mit Rücksicht auf die Noterben[9]. Diese Praxis ist aber nicht, wie Catellani[10] behauptet, in Frankreich allgemein anerkannt. So hat z. B. das Tribunal civil de Versailles in einem Urteil vom 3. August 1893 anders entschieden:

„Il est de jurisprudence constante que les conventions qui n'ont rien de contraire aux lois françaises, à l'ordre public et aux bonnes mœurs doivent recevoir leur exécution tant sur les meubles que sur les immeubles; que, par conséquent, les dispositions d'une loi étrangère excluant de la communauté matrimoniale un immeuble acquis par les époux au cours du mariage ne heurtent en rien les dispositions générales du droit français, lequel admet également le régime sans communauté[11].

Auf Grund der Theorie des stillschweigenden Vertrages ist also das Tribunal dazu gekommen, jedes ausländische Güterrecht auf inländische Immobilien für anwendbar zu erklären. Vorausgesetzt ist nur, dass das durch stillschweigenden Vertrag gewählte ausländische Güterrecht weder den guten Sitten, noch dem „ordre public", noch den französischen Gesetzen zuwiderlaufe. Die erste Voraussetzung wird wohl in allen, und die zweite in den meisten Fällen vorhanden sein. Allerdings kann der vage Ausdruck „ordre public" leicht zu Zweifeln und zu grosser Willkür in der Anwendung fremden Rechtes Anlass geben. Was endlich die dritte Voraussetzung anlangt, dass nämlich das ausländische Güterrecht den französischen Gesetzen nicht zuwiderlaufen darf, so ist darüber Folgendes zu sagen: Der Code civil lässt die communauté légale nur eintreten, wenn kein Vertrag vorliegt (Art. 1387). Er betrachtet die von ihm aufgestellten Güterrechtssysteme nur als Vertragstypen, welche den zukünftigen Ehegatten die Errichtung eines Güterrechtsvertrages erleichtern sollen, an welche sie aber gar nicht gebunden sind

---

[9] Journal VIII 426 f., IX 87.

[10] Catellani l. c. p. 221 ff.

[11] Journal XXI 544 ff. Zum selben Resultat gelangt ein Urteil der Cour de Paris vom 5. Februar 1887 (Journal XIV 190).

(Art. 1527). Man kann also von keinem Güterrechtssystem sagen, dass es dem Code civil zuwiderlaufe. Jene dritte Voraussetzung wird deshalb kaum allein, d. h. ohne Verbindung mit einer der ersten zwei, in Frage kommen. Damit wäre also im allgemeinen in Frankreich die Anwendung der lex rei sitæ auf das eheliche Güterrecht verworfen, wenn die französische Praxis auf diesem Standpunkte verharrt[12]. Historisch ist diese Konsequenz des stillschweigenden Vertrages die einzig richtige; denn Molinäus hat die Theorie des stillschweigenden Vertrages gerade deshalb aufgestellt, um die Nicht-Anwendbarkeit der lex rei sitæ auf das eheliche Güterrecht (und die Unwandelbarkeit) zu beweisen.

In den übrigen Ländern, deren Gesetzgebungen im allgemeinen den Grundsatz der lex rei sitæ angenommen haben, gilt dieser wohl meist auch für das eheliche Güterrecht, so in England[13], Argentinien[14] u. s. w. Auch ein Urteil des Tribunal cantonal du Vaud vom 10. Januar 1889, also vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes betr. die Niedergelassenen und Aufenthalter, sagt, speziell mit Rücksicht auf das eheliche Güterrecht:

„L'article 2 paragraphe 2 Code civil vaudois, statuant que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi du canton, pose un principe d'ordre public et qui ne souffre aucune exception[15].“

Aus der Divergenz der beiden zuletzt citierten Urteile sieht man, ein wie unsicheres Kriterium die Verweisung auf den ordre public ist. Der französische und der waadtländische Code civil enthalten genau dieselbe Bestimmung in Bezug auf die Immobilien. Der französische Richter wendet ausländisches Güterrecht auf inländische Immobilien an, parce qu'une telle convention (stillschweigender Vertrag) n'a rien de contraire à l'ordre public, und der waadtländische Richter schloss die Anwendung des ausländischen Rechtes auf inländische Immobilien aus, parce que l'art. 2 § 2 Code civil vaudois pose un principe d'ordre public. In diesem letzteren Urteil wird allerdings nicht auf die Theorie des stillschweigenden Vertrages Bezug genommen, aber

---

[12] Vgl. Journal IX 293, Solutions pratiques. Ricaud l. c. p. 117 ff.
[13] Vgl. Westlake im Journal VIII 315 f.
[14] Ley sobre matrimonio civil (1888) Art. 6.
[15] Journal XVII 168.

dieser Umstand hat auf das Resultat keinen Einfluss gehabt. Denn ein principe d'ordre publique könnte nach der Meinung des waadtländischen Richters offenbar auch durch Vertrag nicht beseitigt werden.

Den Standpunkt, dass die lex rei sitæ nicht zur Anwendung kommen solle, vertritt der Codice civile von Italien, welcher die Erbfolge auch in auswärts gelegene Immobilien dem Heimatsrecht des Erblassers unterstellt:

Art. 7. I beni immobili sono soggetti alle leggi del luogo dove sono situati.

Art. 8. Le successioni legittime e testamentarie però, sia quanto all'ordine di succedere, sia circa la misura de idiritti successorii, e la intrinseca validità delle disposizioni, sono regolate dalla legge nazionale della persona, della cui eredità si tratta, di qualunque natura siano i beni ed in qualunque pæse si trovino.

Es liegt nun, wie in diesem Paragraphen noch näher auszuführen sein wird, kein Grund vor, diese Bestimmungen nicht auch analog auf das eheliche Güterrecht anzuwenden, und dies ist offenbar auch der Sinn und Geist der unter dem Einfluss der italienischen Theoretiker entstandenen Disposizioni preliminarii des italienischen Gesetzbuches. Diesen Standpunkt vertritt auch das spanische Civilgesetzbuch von 1889, Art. 10[16], der belgische Entwurf (Kommission) Art. 6, der frühere deutsche Entwurf (Gebhard) 19, 29, 30, das hessische Recht[17], das Institut (Oxford 1880, VII), die Konferenz im Haag 1893 und 1894, ebenso das badische Recht, obschon Landrechtssatz 3 Abs. 2 dieselbe Bestimmung enthält wie Code civil 3, 2[18].

Eine ganz eigentümliche Regelung hat unsere Frage in dem schon mehrfach citierten schweizerischen Bundesgesetz erfahren. Im allgemeinen wird das gleiche Güterrecht (und Erbrecht) auf das ganze Vermögen, als auf eine Einheit angewandt, ohne Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien. Eine Ausnahme wird gemacht für die Schweizer im Ausland. Art. 28 Ziff. 1 lautet:

„Sind diese Schweizer (nämlich die im Auslande domizilierten) nach Massgabe der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Recht unter-

---

[16] Dieser Grundsatz galt schon vor 1889, vgl. ein Urteil des Tribunal Supremo (Madrid) vom 6. Juni 1873 (Journal I 44).

[17] Vgl. G. R. XX 351.

[18] Vgl. Niemeyer, Positives internat. Pr. R. I § 142, ferner R. G. XXV 341.

worfen, so erstreckt sich die Anwendung des ausländischen Rechtes nicht auf ihre in der Schweiz gelegenen Liegenschaften; es gilt vielmehr in Bezug auf solche Liegenschaften das Recht (und der Gerichtsstand) des Heimatkantons."

Es ist also hier weder das Personalstatut noch die lex rei sitæ für die Immobilien massgebend; denn das Personalstatut ist ja eben nach Massgabe der ausländischen Gesetzgebung das ausländische Recht, die Immobilien liegen z. B. im Kanton Tessin, aber da die Ehegatten Berner sind, werden jene Liegenschaften mit Bezug auf das eheliche Güterrecht nach Berner Recht beurteilt. Abgesehen davon, dass die Lösung eine ausschliessliche Spezialität der schweizerischen Gesetzgebung ist und die kontroversenreiche Materie noch mehr kompliziert, sehe ich absolut keinen Grund und keine innere Notwendigkeit dafür ein. Es ist auch bezeichnend, dass der italienische Text des Bundesgesetzes dieser Bestimmung einen Grund unterschiebt, indem er sagt:

„..... i loro beni immobili situati in Isvizzera continueranno nondimeno ad andar soggetti alle leggi (ed alla giurisdizione) del Cantone d'origine."

Man könnte aus diesem Text die Begründung herauslesen: „weil sie bisher diesem Gesetz unterworfen waren". Wäre dies die richtige Fassung, so würde sich diese Bestimmung (soweit sie auf das eheliche Güterrecht einwirkt) nur beziehen auf Ehegatten, deren Güterrecht sich in der Schweiz nach dem Rechte ihres Heimatkantons richtete, weil sie daselbst ihren Wohnsitz hatten. Das Gesetz will aber nach seinem klaren Wortlaute diese Bestimmung auch angewendet wissen auf Ehegatten, die gar nie in der Schweiz gewohnt haben oder doch nie in ihrem Heimatkantone. Der Grund, den man für diese Bestimmung aus dem italienischen Texte herauslesen könnte, ist also jedenfalls nicht massgebend gewesen. Ob vielleicht der Gedanke an die kantonale Souveränität mitgespielt hat? — Für schweizerische Ehegatten, die in der Schweiz wohnen, tritt keine solche Trennung von beweglichem und unbeweglichem Vermögen ein, und gemäss der Tendenz des Gesetzes bezieht sich auch Art. 32 nicht auf diese Bestimmung, d. h. sie findet auf Ausländer, die in der Schweiz wohnen, keine Anwendung. — Die Rekurskammer des zürcherischen Obergerichtes sagt in dem oben citierten Urteil, Art. 28 beziehe sich

gar nicht auf die güterrechtlichen Verhältnisse der Schweizer im Auslande, diese werden ausschliesslich durch Art. 31 geregelt. Allein diese Auslegung des Art. 28 scheint mir nicht richtig zu sein. Einmal spricht der Art. 31 kein Wort von den Immobilien. Dieser Umstand liefert zwar noch keinen hinreichenden Beweis; aber der Wortlaut des Art. 28 spricht gegen die Ansicht des Gerichtes. Der erste Satz dieses Artikels lautet:

„Für die personen-, familien- und erbrechtlichen Verhältnisse der Schweizer, welche im Auslande ihren Wohnsitz haben, gelten folgende Regeln: 1. Sind diese Schweizer nach Massgabe der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Rechte unterworfen, so erstreckt sich die Anwendung des ausländischen Rechtes nicht auf ihre in der Schweiz gelegenen Liegenschaften; es gilt vielmehr in Bezug auf solche Liegenschaften das Recht (und der Gerichtsstand) des Heimatkantons."

Familienrechtliche Verhältnisse, die auf Liegenschaften Bezug haben können, sind nun in erster Linie die güterrechtlichen. Ausserdem ist kein Grund einzusehen, weshalb diese anders behandelt werden sollten als die erbrechtlichen Verhältnisse, da es sich doch in beiden Gebieten um die Regelung von Vermögenseinheiten handelt und hier wie dort im wesentlichen die gleichen Gründe für eine Ausnahme von dem Prinzip der Einheit des Vermögens sprechen, wenn man eine solche Ausnahme überhaupt für gerechtfertigt hält.

Die angeführten Ansichten (mit Ausnahme derjenigen des schweizerischen Bundesgesetzes, die sonst von Niemand geteilt wird) wurden schon vertreten durch die beiden grossen Internationalisten des 16. Jahrhunderts. Mit Bezug auf das eheliche Güterrecht sagt Argenträus:

„Hæc erit summa: Statutum Parisiense aut Britannicum, quod communionem conquæstuum inducit inter coniuges, vere reale esse, ideoque suum effectum non producere ad bona alibi sita, posito quod coniuges domicilium habeant Parisiis aut in Britannia, non igitur ad Lugduni sita aut alio loco."

Und Molinäus:

„Non solum inspiciatur statutum vel consuetudo primi illius domicilii pro bonis sub illo sitis; sed locum habebit ubique etiam extra fines et territorium dicti statuti, etiam interim correpti, et hoc indistincte sive bona dotalia sint mobilia sive immobilia ubicumque sita sive nomina."

Abgesehen davon, dass heute die Anwendung der lex rei sitæ auf Mobilien im allgemeinen verworfen ist, stehen sich

diese beiden Gegensätze jetzt noch nicht minder scharf gegenüber und haben gerade für das eheliche Güterrecht noch ihre praktische Bedeutung. Viele Gesetze regeln nämlich die Frage gar nicht, und diejenigen, die es thun, meistens nur mit Rücksicht auf das Erbrecht.

In erster Linie ist zu sagen: Wenn die Frage für das Erbrecht geregelt ist, so darf dieselbe Regelung auch für das eheliche Güterrecht angenommen werden. Denn wenn der Gesetzgeber im Erbrecht die Anwendung ausländischen Rechtes auf inländische Immobilien zulässt, so sagt er damit, dass er das Vermögen als eine Einheit auffasst und deshalb auch die im Inland liegenden Immobilien dem Recht unterstellt wissen will, von welchem im allgemeinen die Schicksale des Vermögens des Erblassers geregelt werden, also seinem Personalstatut. Da nun auch das Vermögen der Ehegatten eine resp. zwei Einheiten bildet, die gleichmässig geregelt werden sollen, so ist es nur eine Konsequenz des für das Erbrecht ausgesprochenen Gedankens, wenn man auch für das eheliche Güterrecht dem Personalstatut allgemeine Geltung zuerkennt. Diesen Gedanken spricht auch ein Reichsgerichtsurteil vom 18. Februar 1890 aus:

„Es handelt sich auch bei der Regelung des ehelichen Güterrechts (wie des Erbrechtes) um die Zusammenfassung des Vermögens als einer Einheit, und zwar unabhängig davon, in welcher Weise dann das Gesetz im Einzelnen die Wirkungen der Ehe auf das eheliche Güterrecht bestimmt, und auf welche Bestandteile des Vermögens hiernach das eheliche Verhältnis einen Einfluss äussert."

Deshalb sei anzunehmen, fährt das Urteil fort, dass der Gesetzgeber auf das eheliche Güterrecht dasselbe Gesetz angewendet wissen wolle wie auf das Erbrecht[19]. Es handelt sich in diesem Prozesse zwar mehr um die Frage: Ist Wohnsitz- oder Heimatrecht anzuwenden? Aber aus der starken Betonung des Umstandes, dass es sich im ehelichen Güterrecht wie im Erbrecht um das Vermögen als Einheit handle, ist zu schliessen, dass der Richter die Frage der lex rei sitæ hier wie dort in gleicher Weise behandeln will. Greift der Gedanke der

[19] G. R. XXV 341.

Einheit des Vermögens im (internationalen) Erbrecht nicht Platz, gilt also dort lex rei sitæ, so liegt der Grund darin, dass der Gesetzgeber es als mit der Souveränität des Staates unvereinbar erachtet, ausländischen Gesetzen einen Einfluss auf inländische Immobilien zuzugestehen. Oder der Grund besteht darin, dass der Gesetzgeber dafür hält, die Regelung der Rechtsverhältnisse an den inländischen Immobilien liege so sehr im Interesse des (inländischen) Staates, dass man deshalb dem ausländischen Recht jeden Einfluss absprechen müsse. Und die Folge davon ist, dass auch für das eheliche Güterrecht die lex rei sitæ zur Anwendung kommen muss. Eine Ausnahme von dem Prinzip auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechtes ist natürlich dann nicht als Inkonsequenz zu bezeichnen, wenn sie aus der Theorie des stillschweigenden Vertrages hervorgegangen ist.

Wie aber ist zu entscheiden, wenn das Gesetz die Frage gar nicht berührt, auch nicht bezüglich des Erbrechtes? Für die Anwendung der lex rei sitæ wird geltend gemacht, die Gesetzesbestimmungen, die sich auf Immobilien beziehen, seien d'ordre public. Man müsse also jeden Einfluss ausländischen Rechtes auf inländische Immobilien verpönen, welcher Art immer dieser Einfluss sein möge. Allein die Wendung vom ordre public, mit der besonders in Frankreich viel gekämpft wird, könnte überall angewendet werden, denn schliesslich spielen bei allen Gesetzesbestimmungen Rücksichten auf die öffentliche Ordnung, sozialpolitische Erwägungen u. s. w. mit, und in der Praxis wird denn auch diesem Begriff eine äusserst verschiedene Tragweite beigemessen. Allerdings ist es möglich, dass der Staat absolut zwingende Bestimmungen erlässt im Interesse der Allgemeinheit, von denen gemäss ihrem Zwecke keine Ausnahme gestattet werden kann, z. B. ein Verbot der Teilung von Liegenschaften unter einem gewissen Umfang. Ein solches Verbot muss auf alle inländischen Grundstücke angewendet werden. Die Bestimmungen über eheliches Güterrecht aber hat der Staat erlassen im Interesse seiner einzelnen Angehörigen.

Ein zweiter Grund, der für die Anwendung der lex rei sitæ geltend gemacht wird, ist die Souveränität des Staates, welcher es widerspreche, fremden Gesetzen einen Einfluss auf inländische Immobilien zu gewähren. Dieser Gesichtspunkt kann aber in

unserem Falle nicht ernsthaft in Frage kommen. Übrigens könnte man ihn verwerten, um überhaupt jede Anwendung fremden Rechtes auszuschliessen. Es liegt aber auf der Hand, dass es oft einfach ein Gebot der Gerechtigkeit ist, ausländisches Recht anzuwenden, da es, wie Asser sagt, die Aufgabe des Prozesses ist, bestehenden Rechten zur Anerkennung zu verhelfen, nicht aber, neue Rechte ins Leben zu rufen.

Gegen die Anwendung der lex rei sitæ sprechen die eigentümlichen Konsequenzen, zu denen sie führen kann. Über Grundstücke, die im Gebiete des römischen Dotalrechtes liegen, könnte die Ehefrau frei verfügen, der Ehemann aber könnte über Grundstücke, die im Gebiet der allgemeinen Gütergemeinschaft liegen, nur mit Zustimmung seiner Ehefrau verfügen, auch wenn er selbst sie in die Ehe gebracht hat.

Für die universelle Geltung des Personalstatutes spricht die Thatsache, dass wir heute das Vermögen einer Person als eine Einheit ansehen, ohne einen Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien zu machen. Das geht namentlich aus der Auffassung des Erbrechtes hervor[20], indem überall (wenigstens im internen Recht) der Grundsatz der Universalsuccession gilt. Dieser Auffassung des Vermögens als einer Einheit thut es keinen Eintrag, wenn im ehelichen Güterrecht die Immobilien anders behandelt werden als die Mobilien. Dies ist z. B. der Fall bei der communauté légale des Code civil; aber nichtsdestoweniger fasst das französische Recht das Vermögen einer Person als eine Einheit auf. — Es ist nun eine Konsequenz dieser Rechtsanschauung, dass die Rechtsverhältnisse, die sich auf das ganze Vermögen beziehen (eheliches Güterrecht, Erbrecht), einheitlich vom Personalstatut geregelt werden. Gemäss diesen Ausführungen kommt nicht das Personalstatut, sondern die lex rei sitæ zur Anwendung, soweit das Personalstatut bestimmte Grundstücke, z. B. Fideikommisse, als von der übrigen Vermögenseinheit getrennte Vermögen betrachtet[21]. Verwirft das Personalstatut eine solche Ausnahme vom Grundsatz der Einheit des Vermögens, lässt sie aber die lex rei sitæ zu, so kann diese allerdings die Anwendung des Personalstatutes auf jene Grundstücke verhindern und wird

---

[20] Bar, Theorie und Praxis I 512.

[21] Vgl. die deutschen Entwürfe, Entwurf Mommsen, Entwurf Niemeyer.

es auch thun. Deshalb dürfte es richtiger sein, in diesem Falle die lex rei sitæ zu berücksichtigen.

Abgesehen von dieser Ausnahme ist die juristisch und praktisch richtigere Ansicht diejenige, welche die Anwendung der lex rei sitæ verwirft und die universelle Geltung des Personalstatutes befürwortet.

Selbst in Frankreich scheint sich die Theorie trotz Code civil Art. 3 § 2 mehr und mehr gegen die Anwendung der lex rei sitæ auszusprechen. Sogar ein Urteil des Tribunal civil du Hâvre vom 28. August 1872 sagt:

„Le patrimoine, envisagé comme une universalité juridique distincte des biens qui le composent, constitue, suivant l'expression de M. Demolombe, un être de raison, un tout purement idéal, qui n'a pas de situation et qui ne se conçoit que par un lien juridique entre l'ensemble des biens et la personne, et n'est que la personnalité du possesseur dans ses rapports avec les objets du monde extérieur; la transmission du patrimoine par l'hérédité n'est donc en réalité que la transmission de la personnalité du défunt, venant se confondre et s'unir avec la personnalité de l'héritier; toutes les lois relatives à cette transmission sont donc éminément personnelles, puisque, déterminant les conditions du passage de la personnalité d'une tête sur une autre, elles règlent la capacité à la fois de celui qui doit transmettre et de celui qui doit recevoir[22].“

Immerhin ist in einigen Beziehungen die lex rei sitæ zu berücksichtigen. Wenn diese für die Übertragung oder Entstehung dinglicher Rechte eine bestimmte Form erfordert, z. B. Eintragung ins Grundbuch, so gehen diese dinglichen Rechte nur über oder entstehen nur, wenn der von der lex rei sitæ erforderten Form Genüge geleistet ist. Wenn z. B. das bernische Gesetz bestimmt, dass das Vermögen, welches die Ehefrau in die Ehe bringt, in das Eigentum des Mannes übergeht, so tritt dieser Eigentumsübergang für auswärts gelegene Grundstücke nur ein, wenn der Form der lex rei sitæ Genüge geleistet ist. — Wenn endlich das Güterrecht der Ehegatten ein bestimmtes dingliches Recht entstehen lässt und das auswärtige Recht, in dessen Herrschaftsgebiet die Ehegatten Liegenschaften besitzen, dieses Institut nicht kennt, z. B. Gesamteigentum, so können diese Liegenschaften nicht im Gesamteigentum der Ehegatten

[22] Journal I 182 f.

stehen. Am richtigsten dürfte es sein, für diese Liegenschaften Miteigentum der Ehegatten anzunehmen, resp. deren Eintragung als im Miteigentum der Ehegatten stehend zuzulassen, da diese Lösung der universellen Geltung des Güterrechtssystems des Personalstatutes am ehesten gerecht wird. — Ebenso kann die lex rei sitæ gesetzliche Generalhypotheken nicht zulassen, wenn sie dieses Institut nicht kennt, sondern nur Spezialhypotheken. Auf die Eintragung solcher kann aber die Ehefrau gemäss ihrem Personalstatut einen Anspruch haben.

§ 8.

Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit.

I. Die absoluten Systeme bei Annahme des Domizilprinzipes. Viel umstritten ist die Frage der Wandelbarkeit. Bei Annahme des Domizilprinzipes kann sie in folgender Weise formuliert werden: Soll bei Änderung des Domizils das Güterrecht, das bis zu dieser Änderung bestanden hat, fortbestehen, oder soll es durch das gesetzliche Güterrecht des neuen Domizils ersetzt werden? Wir wollen, obschon wir uns für das Nationalitätsprinzip entschieden haben, die Kontroverse zuerst vom Standpunkt des Domizilprinzipes aus betrachten, da sie bei diesem von bedeutend grösserer Tragweite ist. Dass bei Annahme des Nationalitätsprinzipes von einem Einfluss des Domizilwechsels nicht die Rede sein kann, ergibt sich aus dem Begriff dieses Prinzipes.

Der reinen Wandelbarkeitstheorie huldigt die Praxis eines Teils der nordamerikanischen Staaten, der Vertragsentwurf von Lima (1878) Art. 15, und das Liv-Esth-Kurländische Privatrecht Art. XXIX.

Vom Standpunkt des stillschweigenden Vertrages aus könnte die Wandelbarkeit begründet werden, indem man sagte, die Ehegatten schliessen bei jedem Wohnsitzwechsel einen neuen Vertrag, durch den sie sich dem gesetzlichen Güterrecht ihres neuen Domizils unterwerfen. Die Vertragstheorie ist aber gerade deshalb aufgestellt worden, um die Unwandelbarkeit (und die Universalität) des ehelichen Güterrechtes herzustellen, und der Be-

gründer dieser Theorie, Molinäus, hat sich ausdrücklich für die Unwandelbarkeit ausgesprochen:

„Controvertunt: si maritus postea cum uxore transtulerit domicilium, an debeat attendi illud, quod erat tempore contractus, an vero ultimum, quod invenitur tempore mortis? et istud ultimum tenet Salicetus .... Sed hoc non solum iniquum; quia maritus de loco, in quo nihil lucratur vel tantum quartam, posset transferre domicilium ad locum, in quo totam dotem lucraretur præmoriente uxore sine liberis, ut Tolosæ. Et quod sit falsum, probo per textum d. l. 65 de judiciis 5, 1, ubi loquitur de certo illo domicilio, ad quod ipsa mulier per conditionem matrimonii ergo rebus sic stantibus erat transitura: ergo intellegitur de primo, tunc præviso et intellecto, et non de posteriore. Quia per prædicta inest tacitum pactum: quod maritus lucrabitur dotem conventam in casu et pro proportione statuti illius domicilii, quod prævidetur et intellegitur, et istud tacitum pactum, nisi aliter conventum fuerit, intrat in actionem ex stipulatu rei uxoriæ et illam informat. Itaque semper remanet forma semel ab initio impressa[1].“

Von der entgegengesetzten Theorie, welche den stillschweigenden Vertrag verwirft, wird die Wandelbarkeit begründet, indem man behauptet, es liege in der Absicht des Gesetzes, das Güterrecht für alle in seinem Herrschaftsgebiet wohnenden Ehegatten zu bestimmen; das inländische Recht wolle und könne dem ausländischen nicht weichen. Hier spielt wieder der Gedanke an die Souveränität seine im internationalen Privatrecht oft etwas mystische Rolle.

Der Hauptgrund aber, der zur Begründung der Wandelbarkeit ins Feld geführt wird, ist die Verkehrssicherheit, welche durch dieses System erreicht wird, im Gegensatz zu der angeblichen Verkehrsunsicherheit bei der Unwandelbarkeit. Man sagt, die Dritten, welche mit den Ehegatten kontrahieren, müssen sich darauf verlassen können, dass für die Ehegatten das Güterrecht der lex domicilii gelte, damit sie auf Grund der ihnen bekannten Haftung des Frauengutes dem Manne kreditieren können. Das andere System wäre ein Hemmschuh für den Verkehr und eine Begünstigung unlauterer Machinationen. Dazu ist nun vor allem zu bemerken, dass dieser Grund für das Wandelbarkeitssystem logischer Weise nur dann geltend gemacht werden kann, wenn auch jedes vertragliche Güterrecht ausgeschlossen ist (oder

[1] Meili in der Zeitschrift für das internationale Privat- und Strafrecht V 558.

doch Dritten gegenüber keine Wirkung hat). Es gibt aber nur wenige Staaten, die ein bestimmtes Güterrechtstystem als obligatorisch vorschreiben. Die meisten anerkennen die Vertragsfreiheit der Ehegatten in grösserem oder geringerem Umfange[2].

Die verlangte Rechtssicherheit im Sinne der Wandelbarkeitstheorie kann aber auch bei der Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts erreicht werden durch Errichtung öffentlicher Bücher, in welche von Amtes wegen jedes von der örtlichen Regel abweichende Güterrecht, sowohl vertragliches, wie gesetzliches ausländisches Güterrecht von eingewanderten Ehegatten einzutragen wäre.

Übrigens ist das Argument der Verkehrssicherheit kein wissenschaftliches, kein Argument, das sich auf einen juristischen Grundgedanken zurückführen lässt, sondern mehr eine Forderung praktischer Natur, die aus einer gewissen Sorge um den einheimischen Kredit weit übers Ziel hinausschiesst. Denn mit diesem System ist eine absolute Verkehrssicherheit gar nicht hergestellt, und das Vertrauen darauf kann zu grossen Enttäuschungen führen, vor denen auch die Klausel von den wohlerworbenen Rechten Dritter nicht schützt.

Als Anhang zum Grundsatz der Wandelbarkeit findet sich nämlich gewöhnlich die Klausel: Rechte, welche Dritte am früheren Wohnsitz der Ehegatten diesen gegenüber erworben haben, sollen trotz der Wandelbarkeit durch den Wohnsitzwechsel nicht berührt werden. Dieser Satz scheint auf den ersten Blick ganz selbstverständlich zu sein, sodass er gar nicht ausgesprochen zu werden brauchte; denn es ist ein ganz elementarer Grundsatz, dass ein Schuldner durch eigene Handlungen Rechte, die ein Dritter gegen ihn erworben hat, nicht schmälern oder aus der Welt schaffen kann. Dass dieser Satz von den Anhängern der Wandelbarkeit doch so häufig ausgesprochen wird, ist auffallend, und offenbar legen sie ihm eine andere Bedeutung bei, als jener erwähnte elementare Grundsatz hat.

Das System der Wandelbarkeit erhebt den Anspruch, allein Verkehrssicherheit herzustellen, indem jeder sich darauf verlassen könne, dass die Haftung des Vermögens der Ehegatten sich nach dem Rechte ihres Domizils richte. Soll nun die Rechtssicherheit

---

[2] Vgl. Catellani l. c. p. 169.

in diesem Sinne hergestellt werden, so müssen die Gläubiger sich betreffend die Haftung der beiden Vermögen auf das Recht desjenigen Wohnsitzes berufen können, den die Ehegatten hatten, als jene Dritten oder deren Rechtsvorgänger ihre Gläubiger wurden. Es liegt im Wesen der Wandelbarkeitstheorie begründet, dass man jener Reservation der wohlerworbenen Rechte Dritter diesen Sinn gibt.

Es fragt sich nun, ob wirklich Dritte durch irgend ein beliebiges Rechtsgeschäft mit den Ehegatten ein Recht erwerben auf eine bestimmt normierte Haftung der Ehegatten. Wenn ja, so braucht man die Reservation dieser Rechte gar nicht ausdrücklich auszusprechen, dann versteht sie sich von selbst; wenn nein, so ist dieser Schutz überhaupt ungerechtfertigt, denn jene vermeintlichen Rechte sind dann als blosse Erwartungen, Anwartschaften zu bezeichnen, welche nach allgemein anerkannter Regel keines Schutzes teilhaftig sind. — Diese Frage wurde von Behagel[3] besonders eingehend behandelt, und dieser Autor sagt:

„Beim Grundsatz der Wandelbarkeit kann man nicht von einem wohlerworbenen Rechte der Gläubiger auf die ausgedehntere Haftung der Ehegatten nach dem früheren Gesetz sprechen, unter dessen Herrschaft die Gläubiger mit den Ehegatten kontrahiert haben. Dass eventuell beide Ehegatten haften, ist nicht Folge des Rechtsgeschäftes mit dem Dritten, sondern des ehelichen Güterrechtes, also eines für die Gläubiger in dem Sinne rein zufälligen Verhältnisses, als darauf weder Bezug genommen zu werden brauchte noch wurde. Wenn mit dem ehelichen Güterrechte rechtliche Folgen zu Gunsten der Gläubiger verbunden sind, so gewährt es diesen bloss eine Anwartschaft auf Erwerbung von Rechten; die Gläubiger erwerben das Recht erst durch Erklärung ihres desfallsigen Willens auf dem Wege der Klageerhebung. — Es wird deshalb kein wohlerworbenes Recht verletzt, wenn man den Gegenstand dieser Ansprache nach dem inzwischen für die Ehegatten in Kraft getretenen anderweitigen Rechte beurteilt."

Diese Auffassung ist zweifellos richtig. Ein Analogon dazu bietet der Fall der Ausschlagung einer Erbschaft. Durch eine solche werden keine Rechte der Gläubiger verletzt, und sie kann nicht angefochten werden, wenn nicht die Voraussetzungen der

---

[3] Behagel, Die ehelichen Güterverhältnisse der Ausländer im Grossherzogtum Baden, p. 49 ff.

im modernen Recht allerdings sehr erweiterten actio Pauliana vorliegen.

Was bleiben nun noch für wohlerworbene Rechte Dritter übrig, die von der Wandelbarkeit des ehelichen Güterrechtes infolge Domizilwechsels nicht berührt werden dürfen? Erstens das Recht auf die Haftung beider Vermögen, wenn aus dem Schuldverhältnis geklagt worden ist zu einer Zeit, wo diese Haftung auf Grund des gesetzlichen Güterrechtes noch bestand. Zweitens das Recht auf die Haftung beider Ehegatten, wenn der eine sich für die Schulden des andern verbürgt hat; aber diese Haftung besteht nicht kraft des ehelichen Güterrechtes, sondern auf Grund eines besonderen Rechtsgeschäftes. Und drittens, wiederum nicht kraft des ehelichen Güterrechtes, wenn beide Ehegatten gemeinsam kontrahiert haben. Im Übrigen haftet bei Wandelbarkeit des ehelichen Güterrechtes das Vermögen des einen Ehegatten für die Schulden des andern immer nur kraft des jeweils bestehenden gesetzlichen ehelichen Güterrechtes. Für jene wirklichen wohlerworbenen Rechte aber brauchte dieser Schutz gar nicht besonders ausgesprochen zu werden

Damit ist auch der Hauptgrund, der zur Rechtfertigung der Wandelbarkeit ins Feld geführt wird, hinfällig. Die behauptete Verkehrssicherheit im Sinne dieser Theorie besteht in Wirklichkeit nur für diejenigen Gläubiger, die mit den Ehegatten kontrahierten, als diese sich schon an ihrem letzten Domizil befanden. Für alle früheren Gläubiger bringt dieses System gerade die allergrösste Rechtsunsicherheit mit sich, zumal der Ehemann auch absichtlich die Rechte der Frau zu Ungunsten der Gläubiger durch Wohnsitzwechsel vermehren kann. Das werden diese auch nicht mit einer paulianischen Klage illusorisch machen können, da mit dieser Klage „Rechtshandlungen" angefochten werden, bei diesem System aber sich das Güterrecht nicht kraft einer privatrechtlichen Rechtshandlung, sondern kraft Gesetzes ändert. Anders verhält es sich bei der Unwandelbarkeit, welche infolge dessen eine viel solidere Rechtssicherheit bietet.

Zur Rechtfertigung der Wandelbarkeit wird als theoretischer Grund der Wille des Gesetzes hervorgehoben. Aus diesem Grund hält auch Ricaud[4] die Wandelbarkeit für das richtige System,

[4] Ricaud l. c. p. 166 ff.

wenn man nicht von der Theorie des stillschweigenden Vertrages ausgehe. Meines Erachtens spricht aber dieser Grund viel mehr zu Gunsten der Unwandelbarkeit, natürlich nur unter der Voraussetzung, dass das Gesetz nicht ausdrücklich jedes andere Güterrecht für im Inland domizilierte Ehegatten ausschliesst. Teichmann[5] sagt:

„Kommt ein bisher einem fremden Rechte unterworfenes Rechtsverhältnis mit der Organisation des Inlandes in Berührung, so will der inländische Gesetzgeber dieses Rechtsverhältnis der sich ins Ausland Begebenden nicht geändert wissen. Vielmehr enthält er sich durch sein Schweigen jeder Einwirkung, wenn er nicht aus moralischen Gründen das ganze Verhältnis verwirft. Seine Stellung zu jenem Verhältnis ist eine rein negative, einfach schützende“ .... Wenn vertragliches Güterrecht trotz Wohnsitzwechsel weiter bestehen kann, „warum sollen wir dann nicht dasselbe annehmen, wenn die Regelung geschah durch einen, präsumptiv viel höhere Gesichtspunkte beachtenden Gesetzgeber?“ —

Diese Ansicht hat schon Savigny vertreten[6], welcher sagt, der Gesetzgeber wolle sein Güterrecht nur gelten lassen für alle Ehen, welche in seinem Bereich gegründet werden.

Wie man mit Ricaud das Gegenteil als allgemein gültige Lösung hinstellen kann angesichts der Bestimmungen des französischen Code civil, ist mir unbegreiflich. Der Code civil proklamiert als obersten Grundsatz für das eheliche Güterrecht Vertragsfreiheit (C. c. 1387). Um den zukünftigen (C. c. 1394) Ehegatten die Errichtung eines contrat de mariage zu erleichtern, sind im zweiten und dritten Kapitel des betreffenden Titels Vertragstypen aufgestellt, nach denen die Verlobten ihr Güterrecht gestalten können. Die Verlobten können aber auch andere, vom Gesetz nicht vorgesehene Bestimmungen in ihren Ehevertrag aufnehmen (C. c. 1527). Nur wenn kein Ehevertrag besteht, kommt für die Ehegatten die vom Gesetz als subsidiäres Güterrechtssystem aufgestellte communauté légale zur Geltung, damit auf irgend eine Weise die Vermögensverhältnisse der Ehegatten geregelt sind. Es ist also die ganz klare Absicht des Code civil, die Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten nur zu regeln, wenn eine solche Regelung nicht bereits besteht, und man müsste deshalb in Frankreich die Unwandelbarkeit auch dann anerkennen,

[5] Teichmann, l. c. p. 29.
[6] Savigny, System VIII 332.33.

wenn man nicht von der Theorie des stillschweigenden Vertrages ausginge. Ebenso verhält es sich aber mit jedem Gesetz, das vertragliches Güterrecht zulässt; denn es liegt in der Natur des dispositiven Rechtes, dass es nur eintritt, wenn nicht schon eine genügende anderweitige Regelung vorhanden ist.

Ein weiterer Grund, der für die Unwandelbarkeit und gegen die Wandelbarkeit spricht, ist der Umstand, dass bei dem letzteren System der Ehemann die Rechte der Ehefrau willkürlich abändern kann, sowohl zu ihren Ungunsten als zu Ungunsten der Gläubiger, da er als Haupt der Familie den ehelichen Wohnsitz bestimmen kann. Aus diesem Grunde hat bei der Beratung des schweizerischen Bundesgesetzes ein Mitglied des Nationalrates, wohl etwas zu weit gehend, dieses System geradezu als unsittlich bezeichnet. Die Ehefrau könnte sich gegenüber einer solchen willkürlichen Änderung des Güterrechtes auch durch vertragliche Regelung nicht schützen, denn dieser kann sich der Ehemann widersetzen, und häufig wird die Sitte, das Zartgefühl, oder auch die Klugheit von einem derartigen Ansinnen abraten.

Aber auch wenn man von dieser bestimmten Absicht des Ehemannes absieht, so ist ganz allgemein mit Rücksicht auf die Garantie des Eigentums die Wandelbarkeit als unzulässig zu bezeichnen. Wenn die Ehegatten am ersten ehelichen Domizil unter dem System der Verwaltungseinheit oder der Gütertrennung i. e. S. leben, so ist die Ehefrau Eigentümerin ihres Eingebrachten. Dieses Eigentums würde sie bei Wandelbarkeit des Güterrechtes verlustig gehen, wenn der eheliche Wohnsitz in ein Gebiet verlegt wird, in dem das System der Eigentumseinheit besteht. Im umgekehrten Falle würde der Ehemann seines Alleineigentums an dem ganzen Vermögen (das beide Ehegatten in die Ehe gebracht haben) beraubt. Bei Errungenschaftsgemeinschaft hat die Ehefrau ein wohlerworbenes Recht auf die Hälfte (oder eine andere Quote) der ehelichen Errungenschaft, das ihr bei Verlegung des Wohnsitzes in ein Gebiet der Gütertrennung verloren ginge. Alle diese wohlerworbenen Rechte schützt das Wandelbarkeitssystem nicht, während es sich der bloss vermeintlichen wohlerworbenen Rechte der Gläubiger liebevoll annimmt.

Ein Mittel, durch das man diese Ungerechtigkeiten etwas mildern könnte, wäre eine Abrechnung bei jeder Änderung des Güterrechtes. Eine solche Abrechnung wäre aber mit den grössten

Schwierigkeiten verbunden, oft sogar völlig unausführbar[7]. Deshalb enthalten auch die Gesetze, welche Wandelbarkeit statuieren, keine Bestimmungen über eine vorzunehmende Auseinandersetzung, ja verunmöglichen oder verbieten sie sogar. Damit ist aber eine schreiende Ungerechtigkeit durch das Gesetz ausdrücklich sanktioniert. — Wenn z. B. die Ehegatten in Gütergemeinschaft leben, so haftet das Weibergut für die Schulden des Mannes. Als Äquivalent dafür partizipiert die Frau am ehelichen Gewinn. Ist ein solcher gemacht worden und verlegen nachher die Ehegatten ihren Wohnsitz in ein Gebiet, in dem das gesetzliche Güterrecht die Verwaltungseinheit ist, so hat die Frau das Risiko gehabt, aber das Äquivalent dafür, die Chance, am Gewinn zu partizipieren, ist ihr entzogen, während bei einer Abrechnung eine Quote der Errungenschaft zu ihrem Vermögen zugeschlagen würde. Aber auch durch eine Abrechnung im Zeitpunkt des Domizilwechsels wäre nicht immer ein der Billigkeit entsprechendes Resultat zu erzielen. Wenn in unserem Beispiel am ersten ehelichen Domizil Verluste eingetreten sind, so müsste die Frau diese tragen helfen; aber aus einem eventuellen Gewinn am zweiten Domizil könnte sie keinen Ersatz beanspruchen. — Alle diese Schwierigkeiten und Unzulänglichkeiten einer Abrechnung fallen beim Unwandelbarkeitssystem ausser Betracht.

Zum Schluss ist noch die Frage zu erörtern, ob man die Unwandelbarkeitstheorie auch auf die Stellung der Ehefrau im Konkurs des Ehemannes anwenden soll, d. h. ob man auch die Konkursstellung der Ehefrau nach dem Rechte beurteilen soll, nach dem das eheliche Güterrecht beurteilt wird. Die Frage ist entschieden zu bejahen. Die Konkursstellung der Ehefrau ist ein integrierender Bestandteil des ehelichen Güterrechtssystems[8], eine Konsequenz desselben und ist begrifflich nicht von ihm zu trennen. Das Prinzip der Gütergemeinschaft fordert, dass beide Vermögen, welche die Ehegatten in die Ehe gebracht haben, das gleiche Schicksal haben; also verlangt die Konsequenz, dass die Ehefrau kein Konkursprivilegium hat. Im Prinzip der Verwaltungseinheit liegt, dass das Frauengut weder wachsen noch

---

[7] R. G. VI 223.

[8] Vgl. Schaubergs Zeitschrift für zürcherische Rechtspflege XIX 462, Erwägung 4.

schwinden, weder Chancen noch Risiko haben soll. Da aber die Ehefrau ihr Vermögen dem Manne überlassen muss, so muss sie, abgesehen von ihrem Vindikationsrecht, im Konkurs des Ehemannes ein Privilegium haben für denjenigen Restbetrag ihres Eingebrachten, den sie als Vindikantin nicht realisieren konnte, damit das Prinzip möglichst gewahrt, das Risiko möglichst verringert wird. Beim System der Gütertrennung i. e. S. bleibt die Ehefrau Alleineigentümerin ihres Vermögens und braucht es dem Manne nicht zu überlassen; thut sie es doch, so thut sie es als Mandantin, Deponentin, Darlehensgläubigerin, und es liegt kein Grund vor, ihr eine bessere Stellung einzuräumen als einem Dritten, der in einem solchen Verhältnis zum Konkursiten steht. — Wenn man also fremdes eheliches Güterrecht im Inland zulassen will, so muss man konsequenterweise auch die Stellung der Ehefrau im Konkurs des Ehemannes nach demselben Rechte beurteilen. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass Prozessgesetze den Richter unbedingt binden; denn Bestimmungen, die so tief ins eheliche Güterrecht einschneiden, sind materiell-rechtlicher Natur, ganz gleichgültig, ob sie sich in einem Konkursgesetz oder in einem privatrechtlichen Gesetzbuche finden. — Von diesem Grundsatz ist natürlich dann eine Ausnahme zu machen, wenn die fragliche konkursrechtliche Bestimmung ausdrücklich sagen sollte, dass sie auf alle im Inland domizilierten Ehegatten, welches immer ihr Güterrecht sei, angewendet sein will.

Was nun den praktischen Standpunkt der Verkehrssicherheit anbelangt, so ist diese gemäss den früheren Ausführungen ein sehr gebrechlicher Grund für das Wandelbarkeitssystem. Dagegen hat gerade die Unwandelbarkeit (besonders in Verbindung mit dem Institut öffentlicher Ehegüterrechtsregister) diesen Vorteil, weil diejenigen, welche mit den Ehegatten kontrahieren, sich darauf verlassen können, dass die Haftung der Ehegatten durch einen Wohnsitzwechsel nicht geändert wird.

Gemäss analoger Anwendung des Grundsatzes der Nicht-Rückverweisung ist es klar, dass, wenn ein Gesetz den Grundsatz der Unwandelbarkeit aufstellt, das nicht den Sinn haben kann, das Gesetz, das bisher das eheliche Güterrecht bestimmt hat, entscheide über die Frage der Wandelbarkeit. Diese Frage erledigt jedes Gesetz für sich endgültig; denn eine solche Bestimmung ist wie jede andere Norm über internationales Privat-

recht eine für den Richter zwingende Anweisung des Gesetzgebers, was für ein Recht er anzuwenden habe.

In Deutschland spricht sich die communis opinio für die Unwandelbarkeit aus, und dieser Ansicht hat sich auch das Reichsgericht angeschlossen. Es sagt in einem Urteil vom 18. April 1882:

„In Ermangelung von Eheverträgen erleidet das durch das Gesetz ihres ersten ehelichen Wohnsitzes begründete Güterverhältnis der Eheleute durch einen Umzug in ein anderes Rechtsgebiet keine Änderung, sofern an dem neuen Wohnorte nicht verbietende Normen entgegenstehen. Das Güterrecht, welches die Ehegatten beim Beginn ihrer Ehe — einerlei ob durch Vertrag oder infolge der Gesetze ihres ersten Wohnsitzes — annehmen, tritt unter ihnen (unbeschadet ihrer Befugnis zu vertragsmässiger Abänderung desselben) in Kraft mit der Bestimmung, die ganze Dauer der Ehe zu beherrschen und wird somit durch seine Entstehung für die ganze Dauer der Ehe begründet. Dies folgt aus der eherechtlichen Natur des Güterrechtes und aus dem Zusammenhang des Güterrechtsverhältnisses unter Lebenden mit den Rechten auf den Todesfall und zeigt sich überdies auch darin, dass für manche güterrechtlichen Verhältnisse der Übergang aus einem Güterrecht in ein anderes, wenn derselbe nicht auf Grund einer vertragsmässigen Auseinandersetzung erfolgt, mit den grössten Schwierigkeiten verknüpft und sogar völlig unausführbar sein kann. — Da den durch das Gesetz begründeten gegenseitigen Vermögensrechten der Eheleute ganz derselbe Anspruch auf Schutz und Anerkennung zukommt wie ihren vertragsmässigen Rechten, so muss man davon ausgehen, dass die Gesetze des neuen Wohnortes ebenso, wie ihnen ein Eingreifen in die fernere Wirksamkeit der von den einzelnen Eheleuten an ihrem früheren Wohnort für die ganze Dauer ihrer Ehe abgeschlossenen Eheverträge nicht zuzuschreiben ist, auch in die Fortdauer des unter denselben durch die dortigen Gesetze für die gleiche Dauer begründeten Güterrechtes nicht eingreifen wollen. — Die sogenannte Wandelbarkeitstheorie muss auch schon deshalb als unzulässig scheinen, weil bei ihr die Rechte der Frau nicht gewahrt werden und eine willkürliche Abänderung des Güterrechtes durch den Mann möglich wäre.... Wenn für die Wandelbarkeitstheorie angeführt wird, sie liege im Interesse des öffentlichen Kredites, so scheitert dieser Grund in dieser Allgemeinheit schon an der Statthaftigkeit vertragsmässiger Abweichungen von der örtlichen Regel[9].“

Dass die französische Praxis für die absolute Unwandelbarkeit Stellung nimmt, ist eine notwendige Konsequenz der Theorie der convention tacite und des Art. 1395 C. c. Diesen Gedanken spricht ein Urteil des Tribunal civil de Marseille vom 13. August

---

[9] R. G. VI 223. Vgl. auch ein Urteil vom 7. März 1882, R. G. VI 393.

1885 aus, das am 15. Februar 1886 von der Cour d'Aix bestätigt worden ist, und worin es heisst:

„Cette volonté (nämlich die Absicht, sich einem bestimmten ehelichen Güterrecht zu unterwerfen) doit être prouvée comme existante au moment de la célébration du mariage, par la raison que les conventions matrimoniales sont irrévocables et ne peuvent pas être modifiées par des faits postérieurs [10]."

Ausdrücklich haben sich für die Unwandelbarkeit bei Zugrundelegung des Domizilprinzipes erklärt:

Preussen (mit einer Ausnahme) Landrecht II. Teil, I. Titel § 351;
Sachsen, bürgerliches Gesetzbuch § 14;
Oldenburg, Gesetz vom 24. April 1873, Art. 48—50 (verlangt ist eine diesbezügliche Erklärung eines der Ehegatten, Art. 50 § 1);
Kongostaat, Gesetz vom 20. Februar 1881;
Montevideo, Vertragsentwurf (1889) Art. 43;
Rocholl, Entwurf 2 a[b];
Institut, Reglement von 1888, Art. 15.

Bei der Annahme der Unwandelbarkeit ist der Hauptgrund gegen die Anwendung des Nationalitätsprinzipes auf das eheliche Güterrecht hinfällig. Um so sonderbarer ist es, wenn für das eheliche Güterrecht eine Ausnahme von dem im übrigen anerkannten Nationalitätsprinzip gemacht und doch die Unwandelbarkeitstheorie angenommen wird (Sachsen, Institut).

II. Vermittlungstheorien. In der Mitte zwischen Wandelbarkeit und Unwandelbarkeit sind kombinierte Systeme aufgestellt worden, welche die Vorteile jener beiden vereinigen und ihre Nachteile vermeiden wollen.

Ein solcher Versuch verlangt Unwandelbarkeit für das bisherige Vermögen, Wandelbarkeit, d. h. Unterstellung unter das Güterrecht des neuen Wohnsitzes für das seit dem Wohnsitzwechsel erworbene. Diesem System kann man nicht den Vorwurf machen, dass es die Eigentumsgarantie und überhaupt wohlerworbene Rechte (der Ehefrau z. B.) verletze. Aber einerseits widerspricht es der Auffassung des Vermögens als einer Ein-

[10] Journal XV 395. Vgl. z. B. auch Cour d'appel de Paris (12. Juli 1889), Journal XVI 845.

heit[11], und andererseits hat es den Nachteil mit dem Wandelbarkeitssystem gemein, dass bei jedem Wohnsitzwechsel eine Abrechnung vorgenommen werden muss, damit man weiss, welcher Teil des Vermögens diesem, welcher jenem und eventuell, welcher einem dritten Güterrecht unterworfen sei.

Dieses System ist von der Gesetzgebung Argentiniens[12] und von der Praxis eines Teils der Staaten von Nordamerika angenommen, so z. B. in Louisiana. In diesem Sinne spricht sich das viel citierte Urteil i. S. Saul gegen seine Gläubiger aus:

„Wenn die Ehegatten sich in ihrem Lande verheiraten, so ist ihr Vermögen dem Gesetze dieses Landes unterworfen, so lange sie dort wohnen; sobald sie sich aber im Staate Louisiana niederlassen, ist ihr Vermögen, das sie daselbst erwerben, von dem Gesetze ihres neuen Domizils beherrscht[13]."

Die Unwandelbarkeit für das frühere Vermögen wird von den louisianischen Gerichten auch im Konkurs anerkannt:

„Zwei Ehegatten haben sich im Staate Mississippi verheiratet, wo der Ehefrau von ihrer Mutter eine aus Mobilien bestehende Erbschaft zufällt, von welcher der Ehemann für die Frau Besitz ergreift; später lassen sie sich in Louisiana nieder, wo das Vermögen von einem Gläubiger des Mannes mit Beschlag belegt wird. Die Frau beansprucht dieses Vermögen als Paraphernalgut für sich gestützt auf das Recht von Louisiana. Entscheid: Nach dem Rechte, welchem die Ehegatten im Staate Mississippi unterworfen waren, erwirbt alles, was die Ehefrau im Zeitpunkte der Eheschliessung besitzt, und was ihr später durch Erbschaft etc. anfällt, der Ehemann, sobald er davon Besitz ergriffen hat; folglich hat sein Gläubiger das Recht gehabt, es mit Beschlag zu belegen. — Aber wenn unter übrigens gleichen Umständen die Frau erbt, während die Ehegatten in Louisiana domiziliert sind, so ist das Louisianische Recht massgebend, und das der Frau angefallene Vermögen ist als Paraphernalgut ihr Eigentum[14]."

Ein zweites vermittelndes System setzt die Unwandelbarkeit fest für das Verhältnis der Ehegatten untereinander, für das Verhältnis zu Dritten dagegen Wandelbarkeit. Dieses System ist in der Theorie vertreten worden von Funk[15]. Er betrachtet aber irrtümlicherweise als wohlerworbene Rechte, welche durch die

---

[11] R. G. XXV 341.

[12] Ley sobre matrimonio civil 1888 Art. 5 Abs. 2.

[13] Jurisprudence de la Louisiana No. 6 ff., Journal II 132.

[14] Journal II 132/33, No. 9 und 10.

[15] Funk, Archiv für die civ. Praxis XXI 368, XXII 99.

Wandelbarkeit nicht berührt werden sollen, den Anspruch der Gläubiger auf die vom Recht des früheren Domizils festgesetzte Haftung der beiden Vermögen. — In der Gesetzgebung ist dieses System (mit fakultativer vertragsmässiger Unwandelbarkeit auch des äusseren Verhältnisses) aufgestellt worden von dem Landrecht des Fürstentums Bamberg 1769 (I 2, 2 §§ 3 ff.), das aber jene unrichtige Einschränkung, die Funk macht, nicht adoptiert hat [16].

Mit ausdrücklicher Anerkennung der fakultativen Wandelbarkeit auch des innern Verhältnisses ist dieses System vom schweizerischen Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 angenommen worden. Die einschlägigen Artikel lauten:

Art. 19. Die Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten unter einander werden für die ganze Dauer der Ehe von dem Rechte des ersten ehelichen Wohnsitzes beherrscht.

Für die Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten gegenüber Dritten ist massgebend das Recht des jeweiligen ehelichen Wohnsitzes.

Art. 20. Die Ehegatten können durch Einreichung einer gemeinschaftlichen Erklärung ihre Rechtsverhältnisse auch unter sich dem Rechte des neuen Wohnsitzes unterstellen.

Die Erklärung wirkt auf den Zeitpunkt des Beginnes des Güterrechtsverhältnisses zurück.

Art. 21. Die an einem ehelichen Wohnsitze durch besonderes Rechtsgeschäft erworbenen Rechte Dritter werden durch einen Wohnsitzwechsel der Ehegatten nicht berührt.

Diese Trennung eines innern und eines äussern Verhältnisses widerspricht völlig dem Wesen des ehelichen Güterrechtes. Das eheliche Güterrecht regelt in erster Linie den Einfluss, welchen die Ehe ausübt auf die Eigentumsverhältnisse an den Vermögens-

---

[16] „. . . . Würde aber dergleichen Erklärung unterbleiben, oder die Eheleute sich nicht dazu verstehen wollen, so sollen sie zwar, was diese unter sich, dann ihre Kinder oder sonstig künftige Erben anbetrifft, nach ihrer eigenen pactis oder vorherigem Güterstand beurteilt werden; belangend dahingegen ihre sowohl vorgehende als auch nach der Hand erfolgende Schulden soll in Ansehung derselben das Vermögen beider Eheleute nach Bambergischer Art für gemeinschaftlich geachtet und dafür verhaftet sein."

Vgl. auch Code civil von Neuenburg, Art. 1147, ferner preussisches Landrecht II, 1, § 352: wenn die Ehegatten ihren Wohnsitz von einem Orte, wo keine Gütergemeinschaft obwaltet, an einen andern Ort, wo dieselbe stattfindet, verlegen.

stücken, die von den Ehegatten in die Ehe gebracht oder während der Ehe erworben werden. Durch das Dotalsystem und die Verwaltungseinheit werden diese Verhältnisse gar nicht berührt, d. h. jeder Ehegatte bleibt Alleineigentümer seines in die Ehe gebrachten Vermögens, und auch das während der Ehe erworbene Vermögen wird nicht gemeinsam. Bei den verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft wird das Vermögen ganz oder teilweise gemeinsam. Bei der Eigentumseinheit endlich wird der Ehemann Alleineigentümer des ganzen Vermögens, auch des von der Ehefrau eingebrachten und der Errungenschaft. Von diesen Eigentumsverhältnissen ist nun das Verhältnis des oder der Vermögen der Ehegatten nach aussen, Dritten gegenüber, eine logische Folge, speziell auch die Haftung des einen Ehegatten für die Schulden des andern. Bei den Systemen, wo jeder Ehegatte Eigentümer seines Vermögens bleibt, kann der eine durch seine Handlungen den andern nicht verpflichten, denn eines jeden Eigentum haftet nur für seine, des Eigentümers Schulden. Wo alles Vermögen der Ehegatten oder einzelne Bestandteile eine gemeinsame Masse bilden, haftet diese, eben weil sie gemeinsam ist, im Gesamteigentum beider Ehegatten steht, für die Schulden jedes einzelnen, soweit nicht wegen spezieller Beschränkungen der Dispositionsfähigkeit ein Ehegatte allein über die gemeinschaftliche Masse nicht disponieren kann.

Aus diesem ursächlichen Zusammenhange zwischen dem Verhältnis der Ehegatten untereinander und dem Verhältnis zu Dritten ergibt sich, dass eine Trennung dieser beiden Seiten des ehelichen Güterrechtes ein innerer Widerspruch ist. Die Haftung des Frauenvermögens kann juristisch gar nicht begründet werden, wenn die Frau Eigentümerin ihres Vermögens bleibt und dieses Eigentum konsequenterweise jeder Zeit sollte vindizieren können. Kann sie das nicht, so ist sie eben nicht mehr Eigentümerin; denn das Vindikationsrecht kann vom Eigentum nicht getrennt werden. Wächter[17] hat aus diesem Grunde die Theorie von Funk bekämpft. Er führt aus, nach allgemeinen Grundsätzen müsse das Verhältnis, in welchem die Ehegatten untereinander stehen, notwendig zugleich die Norm für die Rechte

[17] Wächter im Archiv f. d. civ. Praxis XXV 57.

der Gläubiger an die Gatten geben, und Escher[18] sagt mit Rücksicht auf das schweizerische Bundesgesetz: „Nach dem Bundesgesetz wird die Haftung des einen Ehegatten für die Schulden des andern von dem Rechtsgrund, auf welchem sie allein beruht, losgelöst und vollständig in die Luft gestellt". Muheim[19] bildet folgendes Beispiel, um zu zeigen, zu was für widersinnigen Konsequenzen das Bundesgesetz führt: „Wenn ein nach Dotalrecht lebender Tessiner in den alten Kantonsteil Bern zieht, so bleibt (bei Unwandelbarkeit des Güterrechtes unter den Ehegatten) die Gattin Eigentümerin ihrer Paraphernalgüter. Im Konkurs des Mannes jedoch hätte sie keine rei vindicatio, könnte daher bloss mit den übrigen Gläubigern des Ehemannes konkurrieren. Und dennoch bleibt sie nach Ansicht des Bundesgesetzes Eigentümerin, der aber das Eigentum nicht gehört". Mit andern Worten: Im Konkursfalle kommt auch für die Eigentumsverhältnisse, also das Verhältnis der Ehegatten untereinander, die Wandelbarkeit zum Durchbruch. Es ist hier also eine Theorie zum Gesetz erhoben worden, deren konsequente Durchführung in der Praxis gar nicht möglich ist. — Aber nicht nur im Konkurs können die Rechte der Ehefrau trotz der teilweisen Unwandelbarkeit vernichtet werden durch die Wandelbarkeit des Verhältnisses zu Dritten. Wenn für die Ehegatten untereinander Gütertrennung gilt und für ihr Verhältnis Dritten gegenüber Eigentumseinheit, so kann der Ehemann das Eigentum der Ehefrau beliebig veräussern. Das ist natürlich wieder ein Widerspruch in sich selbst. Diese Konsequenz geht viel weiter als der Grundsatz: Hand muss Hand wahren. Denn es ist für den Eigentumserwerb nicht einmal guter Glaube erforderlich, d. h. es ist gar nicht nötig, dass der Dritte glaubt, die veräusserten Gegenstände seien Eigentum des Ehemannes; denn das Gesetz sagt ganz absolut, ohne jede Einschränkung, für die Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten gegenüber Dritten sei das Recht des jeweiligen ehelichen Wohnsitzes massgebend. — Aus dem Gesagten geht hervor, dass der Schutz der Rechte der

---

[18] Escher, Das schweizerische interkantonale Privatrecht. (Dissertation Zürich 1895), p. 159.

[19] Muheim, das schweizerische internationale Privatrecht (Dissertation Altdorf 1887), p. 208.

Ehefrau durch die Unwandelbarkeit des innern Verhältnisses höchst problematischer Natur ist.

Die wichtigste Seite des Güterrechtsverhältnisses nach aussen ist die Haftung des Frauengutes für die Schulden des Mannes. Diesem Risiko steht in jedem Güterrechtssystem eine Chance als Äquivalent gegenüber in Gestalt eines Anrechtes auf den ehelichen Gewinn. Bei den Systemen, bei denen jeder Ehegatte Alleineigentümer seines Vermögens bleibt, hat die Ehefrau weder Anteil am Verlust noch am Gewinn; kein Risiko, also auch keine Chance. Bei den verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft und bei dem System der Eigentumseinheit gilt das Prinzip: beide Ehegatten haben gleiche Chancen und gleiches Risiko. Diese gerechte Verteilung von Risiko und Chance wird nun durch das Zwittersystem unseres Bundesgesetzes aufgehoben, sobald zwei verschiedenartige Güterrechte für die innern und äussern Güterrechtsverhältnisse in Betracht kommen. Die Interessen der Ehefrau sind also ganz der Willkür des Mannes preisgegeben. Die Ungerechtigkeit dieses Systems zeigt sich sehr deutlich an dem oben erwähnten Beispiel der nach Dotalrecht lebenden Tessiner, die in den alten Kantonsteil Bern ziehen. Das Frauenvermögen haftet gemäss dem bernischen Recht für die Schulden des Ehemannes, wird aber während der Ehe ein Gewinn gemacht, so kann die Ehefrau gemäss dem tessinischen Recht daran nicht partizipieren. — Allerdings kann sich das Verhältnis zwischen Risiko und Chance auch im umgekehrten Sinne verschieben, nämlich zu Gunsten der Ehefrau; aber auch dann ist es nicht minder unbillig.

Das Gesetz gestattet den Ehegatten auch die Rechtsverhältnisse untereinander dem Rechte des neuen Wohnsitzes zu unterstellen (Art. 20). Damit können sie das natürliche Gleichgewicht zwischen Risiko und Chance wieder herstellen und ihrem Güterrechtsverhältnis gegenüber den Dritten eine logische Grundlage geben. Es würde nun der Gerechtigkeit entsprechen, dass bei einer solchen Änderung des Güterrechtes eine Abrechnung stattfände, d. h. dass Gewinn oder Verlust je nach den Bestimmungen des bisherigen Güterrechtes auf die Ehegatten verteilt oder nur dem Manne zu- oder abgeschrieben würden. Eine solche Abrechnung sollte ein Gesetz zum mindesten begünstigen. Sie gesetzlich zu regeln, dürfte wohl auf zu grosse Schwierigkeiten

stossen. Das schweizerische Bundesgesetz verbietet sie aber geradezu durch die Bestimmung des Art. 20 Abs. 2, und es wird dadurch häufig Ehegatten abschrecken, die so wünschenswerte Einheit des ehelichen Güterrechtes wieder herzustellen.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, dass das System des Bundesgesetzes den ihm nachgerühmten Vorteil, die Interessen der Ehefrau zu wahren, nicht hat. Wie verhält es sich nun mit dem anderen Vorteil, den es haben soll, mit der Verkehrssicherheit? So viel ist richtig, dass die Dritten, welche mit den Ehegatten kontrahieren, sich darauf verlassen können, dass für diese im Moment das Güterrecht ihres jetzigen Domizils gelte. Wie gebrechlich diese Sicherheit und wie bedeutungslos die auch im schweizerischen Bundesgesetze wiederkehrende Reservation der am früheren Wohnsitz erworbenen Rechte Dritter ist, wurde schon oben bei der Betrachtung der Wandelbarkeit im allgemeinen ausgeführt. Diese ausdrückliche Reservation ist höchstens geeignet, ein gewisses Sicherheitsgefühl hervorzubringen, womit aber die objektive Sicherheit absolut nicht übereinstimmt. Das System des schweizerischen Bundesgesetzes qualifiziert sich als eine halbe Massregel, durch die jedem Teile etwas gegeben werden soll, und es hat deshalb auch den Fehler jeder solchen Massregel, dass es keinem Teile etwas Rechtes gibt. Viel besser ist dann immer noch das reine Wandelbarkeitssystem, obschon auch es nicht die Vorteile hat, die man ihm nachrühmt; aber es fügt zu den Fehlern, die es mit dem System des schweizerischen Bundesgesetzes gemein hat, doch nicht noch den hinzu, dass es das Verhältnis zwischen Risiko und Chance für das Frauengut auf so ungerechte Weise regelt und das vernünftige Verhältnis zwischen Eigentum und Haftung auf den Kopf stellt.

Es wurde schon die Frage aufgeworfen, ob es nicht besser wäre, nach einem bestimmten Zeitablauf seit dem Domizilwechsel auch für das Verhältnis der Ehegatten untereinander das Güterrecht des neuen Domizils eintreten zu lassen. Dies scheint mir aber nur eine modifizierte resp. verlangsamte Wandelbarkeit zu sein, und ich halte diese Lösung deshalb aus denselben Gründen für verwerflich wie die reine Wandelbarkeit.

Das soeben skizzierte System des schweizerischen Bundesgesetzes wird übrigens nur im interkantonalen Recht und auf Ausländer in der Schweiz zur Anwendung gebracht; nicht aber

auf Schweizer im Auslande, auch wenn das ausländische Recht dieser Anwendung nicht entgegenstünde. Art. 31 Abs. 1 und 2 erwähnen im Gegensatz zu Abs. 3 die Trennung des Güterrechtsverhältnisses in einen innern und einen äussern Teil nicht. Daraus muss der Schluss gezogen werden, dass auch der schweizerische Richter für schweizerische Ehegatten im Ausland ein einheitliches Güterrechtssystem zur Anwendung zu bringen hat, sowohl wenn sie im Ausland, wie wenn sie im Inland ihren ersten ehelichen Wohnsitz gehabt haben. Und zwar gilt in diesem Fall Unwandelbarkeit auch Dritten gegenüber, vorausgesetzt, dass das ausländische Recht diesem Grundsatz nicht entgegensteht. Für ausländische Ehegatten in der Schweiz gilt Wandelbarkeit für ihr Verhältnis zu Dritten. Für ihre Güterrechtsverhältnisse untereinander gilt Unwandelbarkeit, und zwar, wenn sie ihr erstes eheliches Domizil in der Schweiz gehabt haben, gemäss Art. 19 Abs. 1, und wenn sie ihr erstes eheliches Domizil im Auslande gehabt haben, gemäss Art. 31 Abs. 3. Also gilt in diesem letzteren Falle unter Umständen für die Rechtsverhältnisse der Ehegatten untereinander unwandelbar das Heimatsrecht. Hier weicht das Prinzip des ersten ehelichen Wohnsitzes zurück zu Gunsten des Grundsatzes der Unwandelbarkeit für die innere Seite des Güterrechtsverhältnisses. Dies entspricht entschieden der Absicht des Bundesgesetzes, das ja durch die Unwandelbarkeit des innern Verhältnisses die Rechte der Ehefrau schützen will. Auch deshalb darf dieser Schluss um so eher gezogen werden, als das Domizilprinzip doch nicht ausnahmslos auf das eheliche Güterrecht angewendet wird (Art. 31, Abs. 1) und gerade auch Art. 31, Abs. 3 die Unwandelbarkeit des inneren Verhältnisses festsetzt ohne Rücksicht darauf, ob das Heimatsrecht oder das Recht des ersten oder des letzten Domizils massgebend ist. Damit sagt das Gesetz, dass es den Grundsatz der Unwandelbarkeit als dem Grundsatz des ersten ehelichen Domizils übergeordnet oder jedenfalls ihm gleichwertig ansieht.

III. Unwandelbarkeit beim Nationalitätsprinzip. Bis jetzt wurde die Frage der Wandelbarkeit stets vom Standpunkte des Domizilprinzipes aus betrachtet, und wir haben uns aus theoretischen Gründen sowie im Interesse der Ehegatten und der Verkehrssicherheit für Annahme der Unwandelbarkeit entschieden. Ist dieses System auch bei Geltung des Nationalitäts-

prinzipes zu befürworten, d. h. soll der Wechsel der Staatsangehörigkeit auf das eheliche Güterrecht keinen Einfluss ausüben?

Sonderbarerweise sprechen sich nun einige Vertreter des Nationalitätsprinzipes für die Wandelbarkeit aus, während sie für das Domizilprinzip die Unwandelbarkeit für richtig halten würden[20]. Meines Erachtens streiten aber dieselben Gründe bei Annahme des Domilprinzipes wie bei Annahme des Nationalitätsprinzipes für die Unwandelbarkeit. Wenn also das Gesetz des neuen Heimatstaates die weitere Geltung des früheren ehelichen Güterrechtes nicht ausdrücklich ausschliesst, so ist auch hier Unwandelbarkeit anzunehmen.

Was den Willen des Gesetzes anbelangt, so ist hier ganz dasselbe zu sagen wie bei Zugrundelegung des Domizilprinzipes. Natürlich handelt es sich hier nicht, wie Mommsen anzunehmen scheint, um den Willen des Gesetzes der früheren Nationalität, welches das eheliche Güterrecht begründet hat, sondern um den Willen der zweiten lex patriæ (Grundsatz der Nicht-Rückverweisung). Ferner steht auch der Wandelbarkeit bei einem Nationalitätswechsel der Umstand entgegen, dass durch sie wirkliche wohlerworbene Rechte der Ehefrau und überhaupt die Garantie des Eigentums verletzt würden, und dass durch sie die erwähnte schwierige und oft unzulängliche Abrechnung erfordert würde. Endlich ist das Argument der Verkehrssicherheit im Sinne der Wandelbarkeitstheorie beim Domizilwechsel hier gar nicht mehr zu verwerten, da es schon durch die Annahme des Nationalitätsprinzipes als grundlos verworfen worden ist.

Um diese Ausführungen kurz zusammenzufassen, möchte ich so sagen: Vom theoretischen wie vom praktischen Standpunkte aus ist die richtige Lösung zu finden in der vollständigen Unwandelbarkeit bei jeder Änderung des Personalstatutes, mag diese herbeigeführt sein durch Domizilwechsel (Domizilprinzip) oder durch Wechsel der Staatsangehörigkeit (Nationalitätsprinzip).

Die Unwandelbarkeit beim Nationalitätsprinzip ist adoptiert in Italien[21], von dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch[22], ferner

---

[20] Mommsen, im Archiv f. d. civ. Praxis LXI 186/87, 200. Pellis l. c. p. 174 ff.

[21] Catellani l. c. p. 226.

[22] Einführungsgesetz Art. 15.

von Niemeyer, Neumann, Domin-Petrushevecz, endlich im Grossherzogtum Baden, aber mit der Modifikation, dass die Eheleute „vor dem zuständigen Richter das bisher für sie massgebende Güterrecht deklarieren“[23]. Dass die französische Praxis, auch wenn sie das Heimatrecht auf das eheliche Güterrecht anwendet, Unwandelbarkeit annimmt, ist eine notwendige Folge der Theorie des stillschweigenden Vertrages[24].

Entsprechend der Modifikation beim Nationalitätsprinzip liesse sich auch eine ähnliche Modifikation beim Unwandelbarkeitssystem rechtfertigen. Es wurde dort die Forderung aufgestellt, dass Dritte sich auf das am Wohnsitz der Ehegatten geltende gesetzliche Güterrecht sollen berufen können, wenn sie durch die Ehegatten in den Irrtum versetzt worden sind, zu glauben, es bestehe unter ihnen das an ihrem Wohnsitz geltende gesetzliche eheliche Güterrecht, oder wenn die Dritten sich in dieser Weise entschuldbar geirrt haben und die Ehegatten, obschon sie um diesen Irrtum wussten oder hätten wissen müssen, ihre Mitkontrahenten nicht darauf aufmerksam gemacht haben. — In diesem Sinne möchte ich befürworten, auch von der Unwandelbarkeit eine Ausnahme zu machen, so dass Dritte sich auch auf das Güterrecht der zweiten lex patriæ berufen können, selbst wenn die Ehegatten nicht in ihrem zweiten Heimatstaat domiziliert sind, wenn diese Dritten den vorhin formulierten Beweis leisten können.

Wenn man am Nationalitätsprinzip und an der Unwandelbarkeit diese Modifikationen vorgenommen hat, so kann man diesen beiden Grundsätzen unmöglich mehr vorwerfen, dass sie eine Verkehrsunsicherheit bedingen, zumal wenn man damit das System der öffentlichen Bücher einführt, wie es der in § 8 erwähnte Entwurf zum schweizerischen Bundesgesetz vorgeschlagen hat.

Sollte man speziell beim Nationalitätsprinzip doch eher zum System der Wandelbarkeit hinneigen, so sollte man den Ehegatten zum mindesten das Recht einräumen, durch Vertrag ihr bisheriges Güterrecht aufrecht zu erhalten. Immerhin wären damit die Ungerechtigkeiten der Wandelbarkeit noch nicht paralysiert. Meines Erachtens können aber die Bedenken gegen die Unwandelbarkeit beim Nationalitätsprinzip dadurch gehoben

---

[23] Verordnung vom 16. Juni 1818.

[24] Vgl. ein Urteil der Cour d'Aix (Journal XV 395).

werden, dass die neue lex patriæ den Ehegatten das Recht gibt, durch Vertrag das Güterrecht ihres jetzigen Heimatstaates anzunehmen, und zwar ohne Rücksicht auf etwaige Beschränkungen der früheren lex patriæ. Diese wohlgerechtfertigte Ausnahme von der Unwandelbarkeit hat das deutsche bürgerliche Gesetzbuch ausdrücklich statuiert[25].

Es ist nun möglich, dass zwischen Unwandelbarkeit und Nationalitätsprinzip eine Kollision entsteht.

Wenn der Gesetzgeber das Nationalitätsprinzip aufstellt, so sagt er damit, dass er für die Angehörigen seines Staates auch im Auslande das heimatliche Güterrecht angewendet wissen will, zugleich aber auch, dass er für die Ausländer in seinem Gebiet deren heimatliches Güterrecht zur Anwendung kommen lässt, und zwar (wenigstens für die Begründung desselben) ohne Rücksicht auf abweichende Bestimmungen der lex patriæ dieser Ausländer (Grundsatz der Nicht-Rückverweisung). Stellt nun derselbe Gesetzgeber auch den Grundsatz der Unwandelbarkeit auf, so liegt in dem Falle, wo Ausländer ins Inland ziehen, unter denen bisher das Güterrecht ihres ersten ehelichen Wohnsitzes und nicht ihres Heimatstaates galt, eine Kollision zweier Gesetzesbestimmungen vor, die beide für den Richter im gleichen Masse bindend sind, die aber nicht nebeneinander bestehen können.

Welcher der beiden Grundsätze vor dem andern zurückzuweichen hat, ist in Ermangelung ausdrücklicher Bestimmungen zweifelhaft. Meines Erachtens entspricht es der Sachlage besser, wenn man zu Gunsten der Unwandelbarkeit auf die Durchführung des Nationalitätsprinzipes verzichtet. Dies liegt im Interesse der Ehegatten, es ist ein Gebot der Gerechtigkeit und hat für den einheimischen Staat keinen Nachteil. Entscheidet man anders, so treten alle Nachteile und Ungerechtigkeiten der Wandelbarkeit

---

[25] Art. 15 des Einführungsgesetzes lautet:

Das eheliche Güterrecht wird nach den deutschen Gesetzen beurteilt, wenn der Ehemann zur Zeit der Eheschliessung ein Deutscher war.

Erwirbt der Ehemann nach Eingehung der Ehe die Reichsangehörigkeit oder haben ausländische Ehegatten ihren Wohnsitz im Inlande, so sind für das eheliche Güterrecht die Gesetze des Staates massgebend, dem der Mann zur Zeit der Eingehung der Ehe angehörte; die Ehegatten können jedoch einen Ehevertrag schliessen, auch wenn er nach diesen Gesetzen unzulässig sein würde.

zu Tage: Verringerung der Sicherheit für die früheren Gläubiger, Verletzung wohlerworbener Rechte der Ehefrau, die Notwendigkeit einer Abrechnung. Auch mit Rücksicht auf die sog. Verkehrssicherheit kann gegen diese Lösung kein Einwand erhoben werden, da ja beim Nationalitätsprinzip so wie so fremdes Recht zugelassen wird. Ob dieses nun die lex patriæ oder die lex primi domicilii matrimonialis sei, ist ziemlich gleichgültig, es kann in den Ehegüterrechtsregistern nachgesehen werden.

Der oben vorgeschlagenen Modifikation entspricht es, dass unter den dort genannten Voraussetzungen in diesem Falle Dritte sich dennoch auf die lex patriæ der Ehegatten berufen können.

Zum Schluss sei noch darauf aufmerksam gemacht, dass es sich hier nicht um eine Ausnahme von dem oben aufgestellten Grundsatz der Nichtrückverweisung handelt, da auf die Anwendung des Nationalitätsprinzipes verzichtet wird nicht auf Grund einer ausländischen Gesetzesbestimmung, sondern wegen einer Bestimmung des inländischen Rechtes.

Zweiter Abschnitt.

Vertragliches eheliches Güterrecht.

Einleitend ist zu sagen, dass das vertragliche eheliche Güterrecht in den Wirkungen besteht, welche die Ehe auf das Vermögen der Ehegatten ausübt, wenn diese Wirkungen von den Ehegatten durch einen rechtsgültigen Vertrag geregelt sind, oder kurz gesagt in den Wirkungen, welche die Ehe gemäss den Bestimmungen eines Ehevertrages auf das Vermögen der Ehegatten ausübt.

§ 9.

Die zwei Grundvoraussetzungen für das Entstehen eines vertraglichen Güterrechtes.

I. Handlungsfähigkeit der Kontrahenten. Gemäss den einleitenden Bemerkungen wird die Handlungsfähigkeit einer Person nach ihrem Personalstatut beurteilt, ohne Rücksicht darauf, welchem Rechte das Vertragsverhältnis unterworfen oder wo der Vertrag geschlossen worden ist, und zwar haben wir uns dort für die Annahme der lex patriæ als Personalstatut ausgesprochen.

Dem entsprechend wird also die Frage, ob die Nupturienten handlungsfähig seien, von der lex patriæ entschieden, und zwar

auch für die Braut nach ihrer lex patriæ, wenn die Nupturienten verschiedenen Nationalitäten angehören. Denn in diesem Zeitpunkte kann noch nicht von einem Einfluss der lex patriæ des zukünftigen Ehemannes auf die Handlungsfähigkeit der Ehefrau die Rede sein und ebensowenig von einem Einfluss des ehelichen Güterrechtsverhältnisses, da ein solches erst möglich ist beim Bestehen einer Ehe. Wenn also ein Teil, speziell die Braut, bei der Schliessung des Vertrages nicht handlungsfähig war und sie durch die Eheschliessung mit der Staatsangehörigkeit des Ehemannes auch die Volljährigkeit und die Handlungsfähigkeit erwirbt, so wird deshalb der geschlossene Ehevertrag nicht gültig. Vielmehr kommt dann das gesetzliche Güterrecht der lex patriæ des Ehemannes zur Geltung. Vergleichsweise kann hier die Lehre von der Testierfähigkeit herangezogen werden. Ein Testament, das zu einer Zeit errichtet wurde, als der Erblasser die Testierfähigkeit nicht besass, wird durch nachträglichen Erwerb dieser Fähigkeit nicht gültig.

Wird der Vertrag während der Ehe geschlossen, und haben beide Ehegatten dieselbe Nationalität, so wird die Frage der Handlungsfähigkeit selbstverständlich nach ihrer gemeinsamen lex patriæ beurteilt. Haben die Ehegatten verschiedene Nationalität, so ist die Handlungsfähigkeit eines jeden nach seiner lex patriæ zu beurteilen und nicht etwa nach den Bestimmungen des Gesetzes, das für das eheliche Güterrecht massgebend ist. In diesem Sinne entscheiden z. B. eine ganze Reihe von französischen Urteilen, die zwar nicht gerade von dem Fall ausgehen, dass die beiden Ehegatten verschiedene Staatsangehörigkeit haben, die aber ganz allgemein sagen: „La capacité de la femme étrangère est régie en France par son statut personnel", während das Personalstatut nach französischer Praxis für das eheliche Güterrecht nicht massgebend ist[1]. Beschränkungen der Dispositionsfähigkeit der Ehefrau, die sich aus dem bereits bestehenden ehelichen Güterrecht ergeben, werden kaum in Frage kommen, da solche Beschränkungen zu Gunsten einer grösseren Dispositionsgewalt des Ehemannes aufgestellt sind und dieser

[1] So z. B. Tribunal commercial de la Seine, 10. Mai 1886 (Journal XIV 183); Tribunal civil de la Seine, 6. August 1878 (Journal VI 62). Ebenso Gerichtshof von Mailand, Urteil vom 1. Februar 1887.

seine Ehefrau selbstverständlich von jenen Beschränkungen befreit, wenn er selbst mit ihr einen Vertrag abschliesst. — Ob die Ehefrau zum Abschluss von Verträgen mit ihrem Ehemann einen ausserordentlichen Vormund haben muss oder nicht, entscheidet sich nach der lex patriæ des Ehemannes; denn eine solche Bestimmung hat einerseits güterrechtlichen Charakter, andererseits ist sie aber auch erlassen mit Rücksicht auf die sittliche Reinheit des ehelichen Verhältnisses, und auch die Ehe als solche wird von der lex patriæ des Ehemannes beherrscht.

II. Zulässigkeit vertraglichen Güterrechtes im allgemeinen. Neben dem Erfordernis der Handlungsfähigkeit ist ferner zur Gültigkeit eines Ehevertrages nötig, dass ein vertragliches Güterrechtsverhältnis überhaupt zulässig ist. Ausnahmsweise gibt es Gesetze (z. B. Glarus), die schlechthin jede vertragliche Normierung des ehelichen Güterrechts ausschliessen. Im internationalen Verkehr tritt nun die Frage auf, welches Gesetz über die Zulässigkeit einer vertraglichen Regelung entscheide.

Jedenfalls kommt es nicht an auf die lex rei sitæ. Die richtige Lösung dürfte wohl sein, diese Frage von dem Recht beherrschen zu lassen, welches beim Fehlen eines Vertrages das Güterrecht der Ehegatten festsetzen würde. Den Bestimmungen dieses Gesetzes (gewöhnlich ist dies die lex patriæ) gesteht man sonst ganz allgemeine Geltung zu. Weshalb sollte man gerade denjenigen Paragraphen, der den Ehevertrag ausschliesst, nicht anerkennen? Davon ist natürlich eine Ausnahme zu machen, wenn das Gesetz des Wohnsitzes allen in seinem Herrschaftsgebiet domizilierten Ehegatten jede Abweichung vom gesetzlichen Güterrecht verbietet. Ein solches Verbot beruht auf dem Gedanken des Schutzes des einheimischen Kredites, und das verbietende Recht, die lex domicilii, tritt selbst in die Lücke. Verbietet aber das nationale Gesetz den Landesangehörigen ganz allgemein, also auch wenn sie sich im Auslande befinden, ihre Güterrechtsverhältnisse durch Vertrag zu ordnen, so kann das nicht auf jener Erwägung beruhen, und dann tritt (§ 8) das nationale Gesetz in die Lücke. Mit andern Worten: Die Frage der Zulässigkeit von vertraglichem ehelichem Güterrecht entscheidet sich nach dem Gesetz, das beim Mangel eines Vertrages das gesetzliche Güterrecht festsetzt. Bei dieser Lösung

ist es allerdings von vornherein nicht sicher, ob der Vertrag zulässig sei oder nicht, weil man bis zur Eheschliessung noch nicht mit absoluter Sicherheit sagen kann, welchem Gesetz das eheliche Güterrecht unterliegen werde. Dies hat aber seinen Grund darin, dass bis zur Eheschliessung ein eheliches Güterrechtsverhältnis gar nicht möglich ist. (Wird der Vertrag während der Ehe geschlossen, so kommt dieses Bedenken nicht in Betracht). Zu Gunsten dieser Lösung ist noch zu sagen: Der Richter, dessen Gesetz jedes vertragliche Güterrecht verbietet, muss, wenn überhaupt sein Gesetz auf ein bestimmtes Güterrechtsverhältnis angewendet sein will, auch dieses Verbot zur Anwendung bringen. Ebenso wird der Richter, wenn er die Herrschaft eines fremden Gesetzes über ein bestimmtes Güterrechtsverhältnis anerkennt, den ganzen Komplex der ausländischen Gesetzesbestimmungen über das eheliche Güterrecht zur Anwendung bringen, also auch ein solches Verbot.

Will das Gesetz eines Staates die Ehegatten, die während der Ehe seine Staatsangehörigkeit erwerben, von einer solchen Beschränkung ihrer Vertragsfreiheit emanzipieren, die das Gesetz ihrer früheren Nationalität aufstellt, so muss es das ausdrücklich thun[2]. Eine derartige Bestimmung dürfte sehr zweckmässig sein, damit die Ehegatten ihr Güterrecht durch Vertrag mit dem gesetzlichen Güterrecht ihres neuen Heimatstaates in Einklang bringen können, sie versteht sich aber nicht von selbst, wie Niemeyer[3] anzunehmen scheint. Sie ist eine Ausnahme vom Prinzip der Unwandelbarkeit.

§ 10.

Form des Vertrages.

Im internationalen Privatrecht gilt als verkehrserleichternde Formregel der Satz: locus regit actum. Aber wie von der grossen Mehrzahl der Schriftsteller auf diesem Gebiete aner-

---

[2] Vgl. § 8 Note 25. Das deutsche Gesetz gibt diese ausdrückliche Erlaubnis sogar allen in Deutschland domizilierten Ehegatten. Allein ein von Franzosen in Gemässheit dieses Gesetzes errichteter Ehevertrag würde in Frankreich wohl nicht anerkannt.

[3] Niemeyer, Vorschläge, p. 210.

kannt ist, hat diese Regel nur fakultativen Charakter[1]. Es genügt für die Gültigkeit des Vertrages, wenn die Formvorschriften beobachtet worden sind, die gelten am Orte des Vertragsabschlusses; der Vertrag ist aber auch gültig, wenn er unter Beobachtung der Formvorschriften desjenigen Rechtes abgeschlossen wurde, dem das im Vertrag geordnete Rechtsverhältnis unterliegt. Dieses Recht ist sogar in erster Linie massgebend, denn die Beobachtung einer Formvorschrift ist so gut eine Voraussetzung für die Gültigkeit des Vertrages, wie die Beobachtung einer materiellen Vorschrift. Oft ist es aber den Kontrahenten, in unserem Falle den Ehegatten, gar nicht möglich, den Formvorschriften ihrer lex patriæ im Auslande nachzukommen, und deshalb muss man die am Orte des Vertragsabschlusses vorgeschriebene Form genügen lassen, wenn man nicht in vielen Fällen den Vertrag überhaupt unmöglich machen will.

Nach dieser Ansicht können also die Nupturienten oder Ehegatten für ihren Ehevertrag einerseits die Form wählen, welche für solche Verträge vom Gesetz des Ortes des Vertragsabschlusses vorgeschrieben ist. Andererseits kann der Vertrag geschlossen werden nach den Formvorschriften desjenigen Gesetzes, das für die Regelung der Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten im allgemeinen massgebend ist. Wird der Vertrag während der Ehe geschlossen, so kann also die Form des Gesetzes gewählt werden, das bisher für das eheliche Güterrecht massgebend war. Wird er vor Eingehung der Ehe geschlossen, so kann (bei Annahme des Nationalitätsprinzipes) die Form der lex patriæ des zukünftigen Ehemannes gewählt werden oder (bei Annahme des Domizilprinzipes) die Form des Ortes, wo die Nupturienten später ihr erstes Domizil nehmen.

Allerdings muss man sagen, dass es oft höchst zweifelhaft sein kann, ob der Vertrag als perfekt zu betrachten sei, wenn die Formvorschriften der lex patriæ (eventuell der lex primi domicilii matrimonialis) beobachtet worden sind und diese weniger streng sind als die Formvorschriften der lex loci actus. Aber es ist zu beachten, dass die Formvorschriften jener Gesetze, die gleichsam die oberste Instanz für die Regelung der Güterrechtsverhältnisse

[1] Vgl. Journal XIV 670. Bar I 353.

bilden, in erster Linie in Betracht kommen und die Formvorschriften der lex loci contractus nur subsidiär. Es ist ungenau, wenn das Reichsgericht in einem Urteil vom 18. Februar 1880 sagt:

„Nach der heutzutage allgemein anerkannten Rechtsanschauung, welche auch in Art. 86 der deutschen W. O. ihren Ausdruck gefunden hat, genügt hinsichtlich der Form des Rechtsgeschäftes die Beobachtung der Form desjenigen Rechtsgebietes, in welchem das Rechtsgeschäft zu wirken bestimmt ist[2]."

Nach der allgemeinen Rechtsanschauung kommt diese Form in erster Linie in Betracht, und es genügt die Beachtung der Form der lex loci contractus. In einem spätern Urteil (vom 28. Dezember 1891) ist jene Ungenauigkeit vermieden[3].

Für die fakultative Geltung der Regel locus regit actum spricht sich auch die Cour de Douai in einem Urteil vom 13. Januar 1887 aus:

„Les étrangers qui se marient en France ne sont pas obligés, pour leurs contrats de mariage, de suivre les formes fixées par la loi française; la règle locus regit actum n'est à leur égard que facultative; ils peuvent employer la forme usitée dans leur pays d'origine[4]".

Durch die Theorie des stillschweigenden Vertrages wird in dieser Materie eine Komplikation hervorgerufen. Wo jene Theorie adoptiert ist, hat der Richter beim Fehlen eines Vertrages aus den Umständen zu deduzieren, was für einem gesetzlichen Güterrecht die Ehegatten sich haben unterwerfen wollen. Wenn diese ausdrücklich das gesetzliche Güterrecht des Domizils oder der Staatsangehörigkeit zum vertraglichen Güterrecht erhoben haben, so wird der Richter, der von der Theorie des stillschweigenden Vertrages ausgeht, dieses Güterrecht ohne Weiteres anerkennen müssen, auch wenn weder die Form der lex loci contractus noch die Form der lex domicilii oder der lex patriæ beobachtet worden ist. Denn ein solcher, vielleicht bloss mündlicher Vertrag ist immer ein klarer Beweis für die Absicht der Ehegatten oder Nupturienten. Aber die Theorie des stillschweigenden Vertrages stellt (wenigstens

---

[2] R. G. I 323.
[3] R. G. XXVIII 182.
[4] Journal XIV 57.

in Frankreich) stets eine Präsumption auf, und zwar auch, wo behauptet wird, es bestehe eine absolute Autonomie der Ehegatten[5]; sie sind beschränkt auf die Wahl zwischen der lex domicilii und der lex patriæ. Wollen die Ehegatten ein anderes Güterrechtsverhältnis errichten, so können sie sich nicht auf die Theorie des stillschweigenden Vertrages berufen, sondern sie müssen einen ausdrücklichen Vertrag machen, und in diesem Falle ist die Regel locus regit actum in ihrer fakultativen Geltung anwendbar. Nebenbei bemerkt, zeigt sich in einem solchen Falle die Theorie des stillschweigenden Vertrages in einem recht bedenklichen Licht. Wenn die Ehegatten einen in der Form fehlerhaften Vertrag errichtet und in diesem weder das Güterrecht der lex patriæ noch der lex domicilii adoptiert haben, so muss der Richter doch auf Grund der genannten Präsumption eines dieser beiden Güterrechte (der lex patriæ oder der lex domicilii) als massgebend annehmen, entgegen dem klar ausgesprochenen Willen der Ehegatten.

Für die fakultative Geltung unserer Regel in dem oben bezeichneten Sinne haben sich besonders ausgesprochen das deutsche bürgerliche Gesetzbuch[6], der Entwurf Niemeyer, und materiell auch der Entwurf Mommsen, allerdings ist die formale Fassung nicht richtig.

Es kommt aber auch vor, dass das Gesetz, welchem das dem Vertrag zu Grunde liegende Rechtsverhältnis unterstellt ist, die Regel locus regit actum nicht zulässt, sondern diejenige Form verlangt, die es vorschreibt, so z. B. das bayrische Landrecht I, 6 § 29[7]; ebenso das niederländische Gesetzbuch Art. 992[8]. Die französische Praxis hat, offenbar zu weit gehend, diese Ausnahme von der Regel locus regit actum nicht respektiert. — Viel häufiger geben aber die Gesetze unserer Regel imperativen Charakter oder scheinen es wenigstens zu thun, indem sie ihren fakultativen Charakter nicht ausdrücklich hervorheben. — Italien (codice civile

---

[5] Pellis, l. c. p. 100 Note 56.

[6] Einführungsgesetz Art. 11 Abs. 1.

[7] Vgl. Beschluss des bayrischen Obersten Landesgerichts vom 4. November 1892, Zeitschrift für das internationale Privat- und Strafrecht III 510/11.

[8] Meili Codifikation p. 36. Vgl. auch ein Urteil des Kassationshofes von Turin vom 12. April 1892. (Journal XXI 1083).

9, 1) lässt gelten die Form der lex loci actus oder die Form der lex patriæ, wenn beide Kontrahenten derselben Nation angehören. Mit Bezug auf das eheliche Güterrecht stimmt diese Lösung mit der in Deutschland geltenden Theorie ziemlich überein.

Die Regel locus regit actum wird häufig beschränkt auf die sog. äussern Formen eines Rechtsgeschäftes, im Gegensatz zu den innern, welche dieser Regel nicht unterliegen sollen. Ich halte diese Unterscheidung, die besonders in Frankreich gemacht wird, nicht für richtig, da sie keine Handhabe bietet für die Anwendung unserer Regel. Richtig scheint mir die Ansicht von Bar zu sein, der diese Regel ganz allgemein auf die Form anwendet und sagt:

„Form eines Rechtsgeschäftes ist alles, aber auch nur dasjenige, was die Handelnden vorzunehmen haben, um ihrem Willen den vom Gesetz geforderten Ausdruck zu geben[9]."

Gemäss dieser Definition sind Vorschriften, welche die Zustimmung der Eltern u. s. w. verlangen, und welche die Franzosen zu den formes extrinsèques zählen, gar keine Formvorschriften; denn sie schreiben etwas vor, was nicht die Kontrahenten zu thun haben.

Natürlich können nicht in Betracht kommen die Formvorschriften irgend eines beliebigen Rechtes, dessen gesetzliches Güterrecht die Ehegatten durch den Vertrag zu dem ihrigen machen; denn dieses Recht erhält ja erst durch die Perfektion des Vertrages einen Einfluss auf das Güterrecht der Ehegatten.

§ 11.

Inhalt des Vertrages.

Oft werden von den Gesetzen der Vertragsfreiheit in Bezug auf das eheliche Güterrecht gewisse Grenzen gezogen, z. B. so, dass neben der gesetzlichen Gütergemeinschaft nur ein ganz bestimmtes Gütertrennungssystem als vertragliches Güterrecht zugelassen wird. Eine solche Bestimmung bildet einen Bestandteil

[9] Bar I 349.

des Güterrechtssystems des betreffenden Gesetzes und darf deshalb von den übrigen Bestimmungen über das eheliche Güterrecht nicht getrennt werden, ähnlich wie ein absolutes Verbot jeder vertraglichen Regelung.

Wenn also die Ehegatten in Bezug auf ihr eheliches Güterrecht einem solchen Gesetze unterworfen sind, d. h. wenn ihre lex patriæ oder ihre lex primi domicilii matrimonialis solche Beschränkungen enthält, so kommen diese auf sie zur Anwendung, auch wenn das Recht ihres gegenwärtigen Wohnsitzes oder ihres zweiten Heimatstaates keine solchen Beschränkungen enthält. Allerdings dürfte es auch in diesem Falle zweckmässig sein, wenn das Gesetz eines Staates Ehegatten, die während der Ehe seine Staatsangehörigkeit erwerben, von einer solchen Beschränkung ausdrücklich befreit[1].

Enthält umgekehrt die erste lex patriæ der Ehegatten, welche ihr Güterrecht regelt, keine solchen Beschränkungen, aber die zweite, so werden die Ehegatten diesen Beschränkungen nicht unterworfen, wenn die zweite lex patriæ überhaupt den Grundsatz der Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechtes anerkennt. In diesem Sinne spricht sich auch das oben citierte Reichsgerichtsurteil[2] aus, das allerdings vom Domizilprinzip ausgeht. Es heisst dort:

„Man muss annehmen, dass von Beschränkungen, welche der Gesetzgeber für die Errichtung von Eheverträgen aufgestellt hat, er nicht auch seine Anerkennung der unter den in sein Gebiet einziehenden Ehegatten bereits bestehenden Güterrechte habe abhängig machen wollen."

Ob diese Güterrechte gesetzlich oder vertraglich seien, macht keinen Unterschied.

Haben die Ehegatten als vertragliches eheliches Güterrecht das System irgend eines geltenden oder auch nicht mehr geltenden Rechtes bezeichnet, und enthält dieses keine solchen Beschränkungen, so kommen doch allfällige Beschränkungen der lex patriæ (lex primi domicilii matrimontalis) zur Anwendung. Umgekehrt kommen für die Ehegatten Beschränkungen nicht zur Anwendung, welche das durch privatautonomische Unterwerfung gewählte

[1] Vgl. Einführungsgesetz zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch Art. 15 (§ 8 Note 25).

[2] R. G. VI 223.

Recht aufstellt. Denn durch eine solche privatautonomische Unterwerfung unter fremdes Recht wird, wie Regelsberger[3] zutreffend sagt, das Herrschaftsgebiet des gewählten Rechtes nicht erweitert, sondern es wird nur diejenige Regelung zur vertragsmässigen erhoben, die sich in jenem Recht als gesetzliche findet.

Dementsprechend ist also die Berufung auf ein fremdes Recht nur zulässig, soweit es sich um dispositives Recht handelt. Eine Gesetzesbestimmung aber, die verbietet, dass ein gewisses Güterrechtssystem zum vertraglichen erhoben werde, will dem Privatwillen nicht weichen und lässt dieses deshalb auch nicht zu, wenn es durch Vertrag von einem fremden Rechte herübergenommen ist. Die Berufung auf ein fremdes positives Recht ist aber überhaupt nur zulässig, wenn nicht das Heimatrecht der Ehegatten eine solche gänzlich oder teilweise verbietet, wie z. B. C. c. 1390 und das deutsche bürgerliche Gesetzbuch § 1433. Ein derartiges Verbot hat zwar nur formelle Wirkung und kann inhaltlich umgangen werden.

Ob beim Fehlen eines solchen Verbotes die Berufung auf fremdes Recht zulässig sei oder nicht, ist controvers. Meines Erachtens ist die Frage zu bejahen, soweit es sich um dispositives Recht handelt. In diesem Sinne hat sich auch das Reichsgericht in einem Urteil vom 8. Juli 1882 ausgesprochen:

„Zunächst und in erster Linie kommt in Betracht, welchem bestimmten örtlichen Rechte die Kontrahenten den Vertrag in dessen rechtlichen Wirkungen haben unterwerfen wollen, bezw. welches örtliche Recht sie als selbstverständlich anwendbar beim Abschluss des Vertrages vorausgesetzt haben. Denn ohne Zweifel können die Kontrahenten rechtswirksam vereinbaren, dass über den Erwerb und die Verfolgung der Rechte aus einem Vertrag andere Gesetze als diejenigen des Erfüllungsortes (oder der verschiedenen Erfüllungsorte) zur Anwendung kommen sollen, da einer solchen Vereinbarung positive Gesetzesvorschriften (insbes. auch Art. 324 H. G. B.) nicht entgegenstehen, und ebenso unzweifelhaft ist es, dass eine solche Vereinbarung nicht ausdrücklich getroffen zu werden braucht, sondern dass schon die aus den Umständen unzweideutig erhellende Absicht der Kontrahenten genügt[4].“

Diese Ansicht spricht, allerdings nur ganz beiläufig, auch ein Urteil des Tribunal civil von Orléans vom 7. Februar 1894

---

[3] Regelsberger Pandekten I 167.

[4] R. G. IX 225; vgl. Zeitschrift für das internationale Privat- und Strafrecht II 586.

mit Bezug auf einen contrat de mariage aus[5], ja für die eingebornen französischen Unterthanen der Etablissements français de l'Inde lässt die Praxis sogar eine allgemeine (und unwiderrufliche) professio juris zu Gunsten der Unterwerfung unter die französischen Gesetze zu[6]. Auch die Gerichtspraxis von Louisiana lässt im internationalen Privatrecht die Berufung auf fremde Rechte zu[7].

Ausdrücklich gestattet wird die Berufung auf ausländisches Recht vom sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch Art. 18, ferner vom Entwurf Mommsen, Gebhard und Niemeyer. Eine solche Vorschrift sei aber, sagt Neumann[8], zu entbehren, da mangels eines Verbotes die Zulässigkeit einer vertragsmässigen Anwendung fremden Rechtes sich von selbst ergebe. Indessen wird es doch richtiger sein, eine ausdrückliche Norm zu statuieren.

Gewöhnlich werden die Ehegatten nicht im stande sein, ihr Güterrecht so vollständig zu regeln, wie es das Gesetz thut. Welches Recht soll nun allfällige Lücken ergänzen? Haben die Ehegatten in ihrem Ehevertrag z. B. bloss die Bestimmung aufgenommen, es solle unter ihnen das Dotalrecht oder Gütergemeinschaft gelten, so entsteht die Frage, wie im einzelnen das Güterrecht geregelt werden soll. Wenn aus dem Vertrag oder den Umständen hervorgeht, dass sich die Ehegatten auf das Güterrecht eines bestimmten Gesetzes haben beziehen wollen, so müssen die Lücken des Vertrages durch dieses Gesetz ergänzt werden[9]. Sind keine Anhaltspunkte für eine solche Bezugnahme auf ein bestimmtes Recht vorhanden, so entscheidet im Zweifel die lex patriæ, der das Güterrecht der Ehegatten überhaupt untersteht, und die es beim gänzlichen Fehlen eines Vertrages regeln würde, wie der lückenhafte Vertrag zu ergänzen ist, in letzter Linie kommt es auf allgemeine Rechtsgrundsätze an. Analog ist zu entscheiden, wenn der Ehevertrag in dem Sinne lückenhaft ist, dass nur die Haftung des einen Ehegatten für die Schulden des andern oder nur die Eigentumsverhältnisse geregelt sind.

---

[5] Journal XXI 825; vgl. indessen die Beschränkung von C. c. 1390.

[6] Cour de cass. 24. Juli 1888 (Journal XVI 665).

[7] Jurisprudence de la Louisiane No. 2 (Journal II 131). Anders im internen Recht. Vgl. ibid. No. 1.

[8] Neumann l. c. p. 144.

[9] Vgl. das oben citierte R. G.-Urteil vom 8. Juli 1882.

Wenn der Ehevertrag von den Immobilien nichts sagt, so unterliegen diese, da es sich um die Regelung von Vermögenseinheiten handelt, dem im allgemeinen gewählten Güterrechtssystem. Wo die Theorie des stillschweigenden Vertrages die Praxis beherrscht, wird sogar für das gesetzliche eheliche Güterrecht aus dessen Vertragsnatur seine Anwendung auf alle Immobilien abgeleitet. Um so mehr muss dies beim Vorhandensein eines ausdrücklichen Vertrages geschehen [10]. Aber auch in andern Rechtsgebieten, wo diese Theorie nicht gilt, und wo die Immobilien im allgemeinen der lex rei sitæ unterworfen sind, wird diese Regel wohl kaum einem vertragsmässigen Güterrecht entgegengehalten. Dies ist um so mehr anzunehmen, als selbst in England und Nordamerika, wo in dieser Beziehung noch mehr als anderorts die feudalen Anschauungen herrschen, die lex rei sitæ nicht zur Anwendung kommt, wenn das Güterrecht der Ehegatten durch einen Vertrag festgesetzt ist [11]. — Genau dasselbe gilt natürlich in dem Fall, wo die Immobilien im Vertrag ausdrücklich erwähnt sind. Auch Argentræus, der sonst sehr energisch für die Anwendung der lex rei sitæ eintritt, lässt diese auf das vertragliche Güterrecht nicht zur Anwendung kommen, wenn sie ausdrücklich ausgeschlossen ist. Er sagt:

„Quod si dictum sit, ubicumque siti reperti fuerint communes futuros conquætus, hic quidem conventio et actio nascetur personalis, et ex lege valebit sed ita demum, si statuta locorum, ubi siti erunt, non repugnabunt dispositione prohibitiva aut annullativa. Itaque in casu proposito a Molinæo poterant conquæstus ubique facti etiam Lugduni cedere superstiti ex vi clausulæ de ubicumque factis, quia Lugduni nihil repugnat conventioni [12]."

Wenn der Vertrag keine Bestimmungen enthält über den Zeitpunkt, an dem er in Kraft treten soll, so geben darüber die Gesetze gewöhnlich nicht ausdrücklich Auskunft. Es entspricht aber der wahrscheinlichen Absicht der Parteien und der Natur des Vertrages, dass man ihn in Kraft treten lässt mit der Eheschliessung, wenn er vor derselben, und mit dem Vertragsabschluss,

---

[10] Vgl. das oben citierte Urteil des Tribunal civil de Versailles vom 3. August 1893 (Journal XXI 544).

[11] Vgl. Ricaud l. c. p. 112 und dort Citierte. Catellani l. c. p. 223.

[12] Argentræus No. 38/39, Meili in der Zeitschrift für das internationale Privat- und Strafrecht V 467.

wenn er während der Ehe geschlossen worden ist. Vor der Eheschliessung kann der Vertrag nicht in Kraft treten, auch nicht, wenn die Ehegatten dies ausdrücklich bestimmt hätten, denn bis zu diesem Zeitpunkte ist das Bestehen eines ehelichen Güterrechtes begrifflich ausgeschlossen.

Ob die Ehegatten den Eintritt ihres vertraglichen Güterrechtes von einer Bedingung abhängig machen können, z. B. von der Geburt eines Kindes oder von einer bestimmten Dauer der Ehe (C. c. 1399), hängt von dem Gesetz ab, welches für das eheliche Güterrecht massgebend ist und nicht von ihrem Personalstatut zur Zeit des Vertragsabschlusses oder des Eintrittes der Bedingung. Dies ist eine Konsequenz des Grundsatzes der Unwandelbarkeit (vgl. folg. §). Bis zum Eintritt dieser Bedingung gilt das gesetzliche Güterrecht der lex patriæ, wenn der Vertrag nichts anderes bestimmt hat.

Dagegen ist natürlich ein ausländisches vertragliches Güterrecht im Inlande deswegen allein noch nicht anzuerkennen, weil es im Auslande, von der lex patriæ z. B. anerkannt worden ist, wenn der inländische Richter es als unsittlich betrachtet. So würde ich z. B. einen Vertrag beurteilen, der bestimmt, dass jede Veräusserung von Frauengut ungültig sein soll, auch wenn die Ehefrau ihre Zustimmung erklärt hat. Ein solcher Vertrag wäre ein Schlupfwinkel für alle möglichen Betrügereien [13].

§ 12.

Wandelbarkeit.

I. Vertragsmässige Änderung des ehelichen Güterrechtes. In erster Linie tritt hier die Frage auf, ob es zulässig sei, ein schon bestehendes vertragliches oder gesetzliches Güterrecht durch Vertrag zu ändern. Die Frage ist besonders in Frankreich mit Rücksicht auf die Art. 1394/95 des Code civil eingehend behandelt worden. Solche Bestimmungen,

---

[13] Die Cour de Rennes (4. März 1880) anerkannte einen solchen Vertrag, der in Brasilien geschlossen war (Journal VIII 153).

welche die vertragliche Änderung des Güterrechtes während der Ehe verbieten, sind wesentliche Bestandteile des Güterrechtssystems, in dessen Zusammenhang sie aufgestellt sind, und die Frage der Zulässigkeit einer solchen Änderung entscheidet sich deshalb nach dem Recht des Staates, dem der Ehemann zur Zeit der Eheschliessung angehörte[1].

Es ist schon behauptet worden, eine derartige Vorschrift sei eine Formvorschrift. So gewiss zuzugeben ist, dass in vielen Fällen die Grenze zwischen Formvorschriften und materiellen Vorschriften unsicher ist, so bestimmt kann man aber in diesem Falle behaupten, dass hier keine Formvorschrift vorliegt. Denn es handelt sich hier nicht um die Frage, wie, sondern wann der Vertrag errichtet werden könne. Übrigens würde diese Klassifizierung eines solchen Verbotes gemäss der fakultativen Geltung der Regel locus regit actum nicht dazu führen, dass es für alle im Inland wohnenden Ehegatten absolut zwingend wäre. Man kann auch nicht sagen, solche Vorschriften beziehen sich auf die Handlungsfähigkeit. Sonst müsste man dies z. B. auch behaupten von Gesetzen, die bei Strafe der Nichtigkeit verbieten, dass an bestimmten Tagen, z. B. an Sonntagen, Geschäfte vorgenommen werden; aber ein solches Verbot hat doch mit der Handlungsfähigkeit nichts zu thun.

In der französischen Rechtsprechung, welche die Art. 1394/95 Code civil nie als Formvorschriften betrachtet hat[2], führt die Theorie des stillschweigenden Vertrages wieder zu Komplikationen. Da, wo das eheliche Güterrecht durch das Personalstatut beherrscht wird, ist die Lösung der vorliegenden Frage auf Grund der gegebenen Entscheidung sehr einfach. Das Personalstatut bestimmt nämlich, ob die Änderung des ehelichen Güterrechtes während der Ehe zulässig sei, und zwar auch dann, wenn ein vertragliches Güterrecht bestanden hat in dem Sinne, dass das gesetzliche Güterrecht irgend eines fremden Rechtes zum vertraglichen erhoben worden ist. Denn wie oben bemerkt, ist damit das Herrschaftsgebiet des gewählten Rechtes nicht erweitert worden.

---

[1] In diesem Sinne: Raoul Jay im Journal XII 527, Ricaud l. c. p. 142 Catellani l. c. p. 203.

[2] Vgl. Catellani l. c. p. 201.

Es ist nun eine Konsequenz der Unwandelbarkeit, dass oft nicht das gegenwärtige, sondern ein früheres Personalstatut über die Zulässigkeit vertragsmässiger Änderung des ehelichen Güterrechtes entscheidet. Diese natürliche Konsequenz der Unwandelbarkeit will Bar[3] nicht ziehen. Da aber ein solches Verbot ein Bestandteil des Güterrechtes ist, das unwandelbar für die Ehegatten gelten soll, so ist eine Ausnahme, wie Bar sie macht, unkonsequent und darf deshalb beim Schweigen des Gesetzes nicht als allgemeine Regel aufgestellt werden. Die Bedenken gegen diese Konsequenz sind allerdings nicht völlig zu bestreiten, aber sie zu beseitigen ist, wie bereits gesagt, Aufgabe der Gesetzgebung eines Staates, indem er die Ehegatten, die während der Ehe seine Staatsangehörigkeit erwerben, ausdrücklich von einem solchen Verbot befreit, also in diesem Sinne eine Ausnahme von dem Grundsatz der Unwandelbarkeit aufstellt. Diese Aufgabe hat das deutsche bürgerliche Gesetzbuch gelöst[4]; ebenso das schweizerische Bundesgesetz, das auf dem Boden des Domizilprinzipes steht, indem es in Art. 20 allen Ehegatten ohne Ausnahme die Erlaubnis gibt, ihr Güterrechtsverhältnis (untereinander) dem Recht des neuen Wohnsitzes zu unterstellen[5].

Aus dem Umstand allein aber, dass die Gesetzgebung oder die Gerichtspraxis im Gebiet des ersten Personalstatutes für das gesetzliche Güterrecht dem Grundsatz der Unwandelbarkeit huldigen, kann nicht schon der Schluss gezogen werden, dass damit auch eine vertragsmässige Änderung des Güterrechtes verboten sein soll.

Wenn die Änderung des Güterrechtes während der Ehe, aber vor Erwerb des zweiten Personalstatutes erfolgte und vom ersten Personalstatut erlaubt war, so bleibt sie natürlich gültig, auch wenn das zweite eine solche Änderung während der Ehe absolut verbieten würde. Denn dieses vertragliche Güterrecht ist entstanden zu einer Zeit, wo das nunmehrige Personalstatut

---

[3] Bar I 523/24.

[4] Vgl. den schon mehrfach citierten Art. 15 des Einführungsgesetzes.

[5] Vgl. Escher l. c. p. 185. Bestritten ist dies freilich dann, wenn am neuen Wohnsitz ein solches Verbot existiert. Der Absicht des Gesetzes entspricht es aber offenbar, wenn man auch dann den Ehegatten dieses Recht einräumt. In diesem Sinne spricht sich auch Escher aus.

auf das Güterrecht der Ehegatten noch gar keinen Einfluss hatte und auch nicht haben wollte. Wenn nun das neue Personalstatut der Ehegatten jetzt, wo es einen Einfluss auf deren Güterrecht ausüben könnte, sagt, dass es dies nicht thun wolle, also Unwandelbarkeit statuiert, so thut es dies, um die Schwierigkeiten und Ungerechtigkeiten der Wandelbarkeit zu vermeiden. Diese Schwierigkeiten sind beim ersten Wechsel des Güterrechtes bereits überwunden, und die Ungerechtigkeiten lassen sich beim vertragsmässigen Wechsel vermeiden. Bei einem zweiten, oktroyierten Wechsel würden nicht nur jene Schwierigkeiten wieder hervorgerufen, sondern auch die Ungerechtigkeiten der Wandelbarkeit würden wieder zu Tage treten, und zwar jetzt unvermeidbar, da ja eine vertragliche Auseinandersetzung gemäss dem Grundsatz der Vorgängigkeit (antérieurité) der Eheverträge nicht möglich wäre. Dies würde aber dem Sinn des Gesetzes, der Unwandelbarkeit, direkt widersprechen. — Analog ist auch die Frage zu entscheiden, ob man den Eintritt eines bestimmten ehelichen Güterrechtes von dem Eintritt einer Bedingung abhängig machen könne (vgl. § 11).

Wenn während der Ehe eine vertragliche Normierung des Güterrechtes stattfindet, so fragt es sich, ob man bei einer späteren Auseinandersetzung dieses neue Güterrechtsverhältnis auch auf Gewinn und Verlust, die vor Abschluss des Vertrages gemacht worden sind, beziehen solle. Wenn im Vertrag die Grösse der beiden Vermögensmassen angegeben ist, so kann man wohl annehmen, dass in diesen Summen auch der etwaige Anteil am Gewinn oder Verlust enthalten sei. Ist dies nicht der Fall, so wird bei einer Auseinandersetzung nichts anderes übrig bleiben, als diese nach dem bestehenden Güterrecht zu vollziehen, wie wenn dasselbe von Anfang an bestanden hätte, wenn nicht der kraft des früheren Güterrechtes zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandene Bestand der beiden Vermögen anderweitig bewiesen werden kann.

Durch eine vertragsmässige Änderung des ehelichen Güterrechtes kann nun die Sicherheit der Gläubiger, die sich auf die Unwandelbarkeit verlassen zu können glaubten, in hohem Masse verringert werden. Wenn aber keine paulianischen Gesichtspunkte vorliegen, so kann ihnen nicht geholfen werden; denn ein wohlerworbenes Recht auf die ausgedehntere Haftung der Ehegatten nach dem früheren Güterrecht haben sie nicht.

II. Gesetzliche Wandelbarkeit. Wenn Ehegatten, deren Güterrecht ihrem ersten Personalstatut untersteht, die aber von ihrem Recht vertragsmässiger Regelung Gebrauch gemacht haben, in einen Staat ziehen, in dem nur sein gesetzliches Güterrecht anerkannt wird, so wird natürlich ihr vertragliches Güterrecht nicht respektiert. Daraus aber, dass im Gebiete des neuen Personalstatutes das gesetzliche eheliche Güterrecht der Wandelbarkeit unterliegt, folgt noch nicht, dass dieser Grundsatz auch auf das vertragliche eheliche Güterrecht angewendet werde (vgl. oben sub I den umgekehrten Fall). In England und Nordamerika z. B., wo für das gesetzliche Güterrecht Wandelbarkeit gilt, wird ein im Ausland errichteter Ehevertrag von ausländischen Ehegatten anerkannt[6].

Eine schwierigere Frage tritt auf, wenn das zweite Personalstatut der Ehegatten nur das von ihm aufgestellte gesetzliche Güterrecht anerkennt und die Ehegatten später durch nochmaligen Wechsel des Wohnsitzes oder der Nationalität unter ein anderes Personalstatut zu stehen kommen, in dessen Gebiet der Grundsatz der Unwandelbarkeit gilt. Sollen die Ehegatten in diesem Falle ihr erstes vertragliches Güterrecht oder das gesetzliche ihres zweiten Personalstatutes fortsetzen? Diese Frage kann schon unmittelbar nach der Änderung des Personalstatutes praktisch werden, wenn z. B. die Ehegatten auf Befragung des Ehegutsregisterführers sich über diesen Punkt nicht einigen können. Der Billigkeit und dem Sinn des neuen Personalstatuts, das den Grundsatz der Unwandelbarkeit anerkennt, entspricht es besser, wenn man annimmt, der ursprüngliche Vertrag lebe wieder auf, als wenn man das Güterrecht, das ihnen an ihrem letzten Domizil oktroyiert worden ist, für sie gelten lässt; denn diese Lösung vermeidet die Ungerechtigkeiten des Wandelbarkeitssystems und führt seine Schwierigkeiten auf ein möglichst geringes Mass zurück. Die Ungerechtigkeiten nämlich, die entstanden sind beim ersten Wechsel des Güterrechtes, werden beim zweiten durch die vorgeschlagene Lösung vollständig aufgehoben. Dadurch, dass ein

---

[6] Vgl. Ricaud l. c. p. 154, Journal VIII 47. Jurisprudence de la Louisiane No. 14 (Journal II 133).

zweimaliger Wechsel des Güterrechtes vor sich geht, werden die Schwierigkeiten der Auseinandersetzung nicht zweimal hervorgerufen. Erstens wird beim gesetzlichen Wechsel des Güterrechtes gewöhnlich keine Abrechnung stattfinden, und beim zweiten Wechsel ist eine solche nicht mehr nötig, auch wenn sie das erste Mal stattgefunden hat, da einfach der status quo ante wieder hergestellt wird. Mit andern Worten, man nimmt gar keine Rücksicht darauf, dass eine Zeit lang ein anderes Güterrecht bestanden hat.

Ganz unzweifelhaft ist die Beantwortung dieser Frage, wenn das zweite Wohnsitzrecht der Ehegatten nur das Verhältnis gegenüber Dritten der Wandelbarkeit unterwirft, das Verhältnis unter ihnen selbst aber fortbestehen lässt, wie z. B. das schweizerische Bundesgesetz. Dieses bestimmt mit Bezug auf das eheliche Güterrecht gegenüber Dritten, dass die lex domicilii gelte. Dies darf aber nicht so verstanden werden, dass das hier objektiv fixierte gesetzliche Güterrecht einfach zur Anwendung komme. Vielmehr kann auch dasjenige Güterrecht gelten, welches von der lex domicilii als durch Vertrag begründet zugelassen wird[7]. Aber auch, wo das kantonale Recht kein vertragliches Güterrecht zulässt (Glarus), haben die Ehegatten, die in einem solchen Rechtsgebiet ihr Domizil nehmen, kraft der bundesgesetzlichen Bestimmung, unzweifelhaft das Recht, für das interne Verhältnis ihr bisheriges vertragliches Güterrecht aufrecht zu erhalten. Art. 31 Abs. 3 findet nach den früheren Ausführungen entsprechende Anwendung auf Ausländer in der Schweiz, die hier nicht ihr erstes eheliches Domizil hatten, und dieser sagt in Verbindung mit Art. 32, dass ausländische Ehegatten, die in die Schweiz ziehen, untereinander das „Güterrechtsverhältnis“ fortsetzen, das im Ausland für sie Geltung hatte. Dabei wird kein Unterschied gemacht, ob dieses Güterrechtsverhältnis ein gesetzliches oder

---

[7] Von diesem Gesichtspunkte ist denn auch Art. 19 Abs. 2 des Bundesgesetzes im deutschen Text richtiger gefasst:

„Für die Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten gegenüber Dritten ist massgebend das Recht des jeweiligen ehelichen Wohnsitzes.

Die romanischen Texte sprechen von législation und legislazione. Vgl. dazu auch ein Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 7./13. März 1894 (Sammlung der Entscheidungen des Kantons St. Gallen im Jahr 1894, p. 20 ff.).

ein vertragliches war. Wenn nun Ehegatten, die an ihrem ersten ehelichen ausserschweizerischen Wohnsitz einen Ehevertrag errichtet haben, aus der Schweiz in einen Staat ziehen, in dem der Grundsatz der Unwandelbarkeit gilt, so würden sie ihr ursprüngliches vertragliches Güterrecht fortsetzen; denn dieses wurde nie ganz aufgehoben. Also kommen alle jene Erwägungen umso mehr in Betracht, welche bei gänzlicher Aufhebung des Vertrages durch das zweite Personalstatut (in diesem Fall lex domicilii) für dessen Wiederaufleben unter dem dritten sprechen.

Ähnlich wie von der Unwandelbarkeit des gesetzlichen Güterrechtes (§ 8, III), möchte ich auch von der Unwandelbarkeit des vertragsmässigen eine Ausnahme aufstellen: Wenn der Dritte beweist, dass er durch die Ehegatten in den Irrtum versetzt worden ist, zu glauben, es bestehe unter ihnen das gesetzliche Güterrechtsverhältnis ihrer lex domicilii oder ihrer lex patriæ, oder dass er sich in diesem Sinne entschuldbar geirrt habe und die Ehegatten, obschon sie um diesen Irrtum wussten oder hätten wissen müssen, ihn absichtlich nicht darauf aufmerksam gemacht haben, so soll er sich auf dieses irrtümlicherweise vorausgesetzte Güterrecht berufen können, wenn auch das vertragliche, das in Wirklichkeit für die Ehegatten gilt, davon abweicht.

HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY
OF
RAMON DE DALMAU Y DE OLIVART
MARQUÉS DE OLIVART

RECEIVED DECEMBER 31, 1911